



Adina Ponta

**OBLIGAȚIILE FIDUCIARE
ALE ADMINISTRATORILOR
ÎN DREPTUL SOCIETAR COMPARAT**

Presa Universitară Clujeană

Adina Ponta

•

**OBLIGAȚIILE FIDUCIARE ALE ADMINISTRATORILOR
ÎN DREPTUL SOCIETAR COMPARAT**

Adina Ponta

**OBLIGAȚIILE FIDUCIARE
ALE ADMINISTRATORILOR
ÎN DREPTUL SOCIETAR COMPARAT**

PRESA UNIVERSITARĂ CLUJEANĂ

2021

Referenți științifici:

Prof. univ. dr. Radu N. Catană

Conf. univ. dr. Dan Popescu

ISBN 978-606-37-1291-3

© 2021 Autoarea volumului. Toate drepturile rezervate. Reproducerea integrală sau parțială a textului, prin orice mijloace, fără acordul autoarei, este interzisă și se pedepsește conform legii.

Universitatea Babeș-Bolyai
Presa Universitară Clujeană
Director: Codruța Săcelean
Str. Hasdeu nr. 51
400371 Cluj-Napoca, România
Tel./fax: (+40)-264-597.401
E-mail: editura@ubbcluj.ro
<http://www.editura.ubbcluj.ro/>

Cuprins

PREFAȚĂ	13
ABREVIERI	19
INTRODUCERE.....	21
CAPITOLUL I.	
FUNDAMENTELE OBLIGAȚIILOR FIDUCIARE	
ALE ADMINISTRATORILOR SOCIETARI	27
1. Considerații introductive	27
2. Rolul și evoluția teoriei obligațiilor fiduciare în dreptul societăților	28
2.1. <i>Natura obligațiilor fiduciare în sistemul de drept civil și în common law</i>	30
2.2. <i>Diferențele de abordare a obligațiilor fiduciare determinate de izvoarele de drept</i>	41
3. Evoluția noțiunii de corectitudine și echitate în guvernanta corporativă	45
4. Începuturile evaluării conduitei fiduciare – testul corectitudinii și al echității.....	53
5. Diferențierea între standardele de conduită și standardele de evaluare.....	55
5.1. <i>Obligația de diligență și prudență și standardul de evaluare aplicabil</i>	58
5.1.1. Considerații generale	58
5.1.2. Standarde de evaluare aplicabile unor circumstanțe specifice ...	64
5.2. <i>Obligația de loialitate și standardul de evaluare aplicabil</i>	69
5.2.1. Considerații generale	69

5.2.2. Standardele de evaluare aplicabile în circumstanțe specifice.....	71
5.3. <i>Buna-credință și evaluarea acesteia</i>	76
5.4. <i>Justificarea diferențierii între standardele de conduită și standardele de evaluare</i>	77
6. Mandatul administratorului societar în dreptul român	84
6.1. <i>Natura contractului de administrare</i>	87
6.2. <i>Puterea de reprezentare</i>	92
6.3. <i>Mandatul aparent</i>	102
6.4. <i>Revocarea administratorilor</i>	106
7. Remarci conclusive.....	109
 CAPITOLUL II.	
OBLIGAȚIA DE DILIGENȚĂ ȘI PRUDENȚĂ	113
1. Considerații introductive	113
2. Conținutul și întinderea obligației de diligență și prudență	116
2.1. <i>Obligația de a supraveghea afacerea în ansamblul ei</i>	121
2.2. <i>Obligația de a cerceta, de a investiga și „de a formula întrebări”</i>	123
2.3. <i>Obligația de a desfășura un proces decizional rezonabil și de a adopta decizii de afaceri rezonabile</i>	124
3. Conținutul obligației de diligență și prudență în unele state membre ale Uniunii Europene	128
4. Obligația de diligență și prudență a administratorilor în dreptul român	135
5. Regula judecătii de afaceri.....	147
5.1. <i>Justificarea și fundamentele regulii judecătii de afaceri</i>	149
5.2. <i>Cele două abordări principale ale regulii judecătii de afaceri</i>	152
5.2.1. Aplicarea regulii judecătii de afaceri ca standard de evaluare	153
5.2.2. Doctrina abstențiunii.....	158
5.2.3. Importanța practică a interpretării regulii judecătii de afaceri	162

5.3. Codificarea și interpretarea regulii judecătii de afaceri în dreptul continental	166
5.3.1. Regula judecătii de afaceri în statele membre UE	167
5.3.2. Protecția administratorilor în absența reglementării regulii judecătii de afaceri.....	171
5.4. Interpretarea doctrinară și aplicarea regulii judecătii de afaceri în dreptul român	176
5.5. Propunere de interpretare a regulii judecătii de afaceri în dreptul român	194
6. Remarci conclusive.....	197
CAPITOLUL III.	
OBLIGAȚIA DE LOIALITATE	201
1. Considerații introductive	201
2. Determinarea conduitei neloiale.....	203
2.1. Noțiunea de „loialitate” în sistemul de drept civil și în common law	205
2.2. Condițiile îndeplinirii obligației de loialitate	208
3. Doctrina oportunității de afaceri	210
4. Obligația de loialitate în dreptul continental	216
4.1. Formele de administrare a societăților pe acțiuni și structura organelor de conducere	218
4.2. Natura obligației de loialitate în sistemul de drept civil și în common law	219
4.3. Izvoarele obligației de loialitate în unele state membre ale Uniunii Europene.....	221
4.4. Doctrina oportunității de afaceri și obligația de neconcurență..	231
4.5. Remarci preliminare ale analizei comparative a loialității în unele state membre UE	243
5. Obligația de loialitate în dreptul român	249
6. Evoluția obligației de loialitate în secolul XXI	263
6.1. Derogarea de la doctrina oportunității de afaceri	263
6.2. Golden leash sau „cumpărarea loialității”	264

6.3. <i>Includerea factorilor sociali și ecologici în conținutul obligațiilor fiduciare</i>	265
7. Remarci conclusive.....	268
CAPITOLUL IV.	
BUNA-CREDINȚĂ CA OBLIGAȚIE DISTINCTĂ ÎN DREPTUL SOCIETAR.....	271
1. Considerații introductive	271
2. Buna-credință în doctrina și jurisprudența de <i>common law</i>	273
2.1. <i>Triada obligațiilor fiduciare</i>	277
2.2. <i>Buna credință ca element al celorlalte obligații fiduciare</i>	279
2.3. <i>Declinul autonomiei obligației fiduciare de bună-credință</i>	284
3. Conținutul bunei-credințe în dreptul societar	286
4. Obligații specifice aflate în câmpul de aplicare a bunei-credințe.....	291
4.1. <i>Obligația de a nu pune societatea în situația de a încălca legea</i>	291
4.1.1. Caracterele obligației de a respecta normele de drept pozitiv	294
4.1.2. Conținutul și câmpul de aplicare	297
4.1.3. Efectele încălcării obligației de a respecta legea	307
4.1.4. Reglementarea obligației de a respecta legea în statele membre UE	310
4.1.5. Concluzii preliminare	314
4.2. <i>Obligația de sinceritate</i>	315
4.3. <i>Obținerea unui avantaj prin utilizarea unor mijloace manipulative</i>	318
4.4. <i>Evitarea satisfacerii intereselor nepermise</i>	319
4.5. <i>Desconsiderarea substanțială a responsabilităților</i>	320
4.6. <i>Raționamentele caracterului independent al bunei-credințe în guvernanța corporativă</i>	322
5. Buna-credință în dreptul societar din unele state membre ale Uniunii Europene.....	327
6. Buna-credință în dreptul societar român.....	337
7. Remarci conclusive.....	345

CAPITOLUL V.

STANDARDELE DE EVALUARE	349
1. Considerații introductive	349
2. Aplicarea regulii judecătii de afaceri de standard de evaluare.....	350
3. Regula judecătii depline de afaceri (<i>Enhanced Business Judgment Rule</i>)	357
4. Standardul „Revlon”	362
5. Proba corectitudinii și a echității (<i>Entire fairness test</i>)	366
6. Standardul „Blasius”	370
7. Standardul „Schnell”	372
8. Criterii suplimentare de evaluare utilizate în jurisprudență	373
9. Standardele de evaluare în governanța corporativă actuală și în jurisprudența recentă	376
10. Raportul dintre standardele de conduită și standardele de evaluare	385
10.1. Buna-credință ca liant al standardelor de evaluare	392
10.2. Unificarea standardelor de evaluare	397
11. Standardele de evaluare în unele state membre UE.....	401
11.1. Standardul de diligență și prudență	402
11.2. Standardul de loialitate	408
12. Remarci conclusive.....	411

CAPITOLUL VI.

OBLIGAȚIILE FIDUCIARE DATORATE ÎN CONTEXTE SPECIFICE	413
1. Obligațiile fiduciare ale administratorilor neexecutivi	413
1.1. Considerații introductive	413
1.2. Conținutul obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi	414
1.2.1. Obligația de diligență și prudență a administratorilor neexecutivi	417
1.2.2. Obligația de loialitate a administratorilor neexecutivi.....	423
1.3. Obligațiile fiduciare ale administratorilor neexecutivi în unele state membre UE	427

1.4. <i>Remarci conclusive</i>	434
2. Obligațiile administratorilor în cazurile de fuziuni și achiziții	436
2.1. <i>Obligația de diligență și prudență</i>	436
2.1.1. Obligațiile administrației societății cumpărătoare.....	437
2.1.2. Obligațiile administrației societății-țintă.....	441
2.2. <i>Obligația de loialitate</i>	447
2.3. <i>Drept comparat și drept european</i>	448
2.4. <i>Drept român</i>	454
3. Vecinătatea insolvenței – noi provocări	458
3.1. <i>Obligații tipice ale administratorilor societății în vecinătatea insolvenței</i>	459
3.2. <i>Standardul de evaluare a obligațiilor fiduciare în vecinătatea insolvenței</i>	462
3.3. <i>Aplicabilitatea regulii judecății de afaceri în vecinătatea insolvenței</i>	475
3.4. <i>Beneficiarii obligațiilor fiduciare ale administratorului în vecinătatea insolvenței</i>	477
 CAPITOLUL VII.	
RĂSPUNDEREA CIVILĂ A ADMINISTRATORULUI SOCIETĂȚII	
IN BONIS. ACȚIUNEA ÎN RĂSPUNDERE. REMEDII ȘI LIMITĂRI	483
1. Considerații introductive privind răspunderea juridică a administratorilor	483
1.1. <i>Răspunderea penală a administratorilor</i>	485
1.2. <i>Răspunderea contravențională a administratorilor</i>	488
2. Răspunderea civilă a administratorilor	490
2.1. <i>Răspunderea ordinară față de societate</i>	493
2.1.1. Aspecte procedurale.....	501
2.1.2. Remedii și sancțiuni	508
2.1.3. Particularitățile obligației de neconcurență	517
2.2. <i>Răspunderea extraordinară față de terți</i>	520
2.3. <i>Răspunderea civilă față de asociați/acționari</i>	525
3. Angajarea răspunderii civile a administratorilor în dreptul comparat	526

4. Înlăturarea și limitarea răspunderii. Cauze de exonerare	536
4.1. Înlăturarea răspunderii obiective	545
4.2. Înlăturarea răspunderii subiective	548
5. Remarci concludive.....	549
CONCLUZII	551
BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ.....	567

Prefață

Această monografie urmărește o examinare comparativă a obligațiilor fiduciare ale administratorilor societari în guvernanta corporativă a sec. XXI, prin analiza evoluției acestor instituții în sistemul de drept civil și în *common law*. Recunoașterea și reglementarea obligațiilor de această natură în dreptul societar român nu a generat o jurisprudență națională suficient de bogată, pentru a facilita optimizarea aplicării reformei Legii nr.31/1990 în cursul anului 2006. Eforturile apreciabile ale unor colegi doctrinari nu au avut ocazia să fie implementate din perspectiva valorii lor. Așadar, autoarea a urmărit evaluarea simetriei ori a convergenței instituțiilor studiate în diferite sisteme de drept, preponderent în ceea ce privește natura, consecințele practice și jurisprudența aplicativă a regulii judecătii de afaceri, abordările doctrinare și jurisprudențiale disparate fiind concentrate pentru a propune, în final, o interpretare a regulii în dreptul național.

Prin analiza efectelor practice ale derivării teoriei obligațiilor fiduciare din exercițiul dreptului de proprietate în *common law* și din dreptul contractelor în sistemul de drept civil, Adina Ponta sesizează și însoțește tendințele jurisprudențiale naționale și de drept comparat pentru a aborda instituțiile juridice moderne potrivit izvoarelor și istoriei acestora, creând ea însăși noi tendințe.

Presiunea legiuitorului european pentru armonizarea legislațiilor naționale ale statelor membre UE a fost o oportunitate de confruntare a tradițiilor de drept continental și de *common law*. Concluziile arată că tendința europeană în dreptul societăților este convergența standardelor de conduită (obligațiile fiduciare) și flexibilizarea acestora, iar instituțiile individuale se dezvoltă într-o simetrie cu cele din jurisdicțiile de inspirație a legiuitorilor. În ciuda unor incompatibilități funcționale pentru transpunerea fidelă a unor instituții între sisteme, autoarea arată că, în prezent, similitudinile contrabalansează diferențele dintre cele două sisteme

de drept, diferențe care sunt preponderent de natură procedurală, și care permit împrumutarea unor elemente valoroase care pot îmbogăți o instituție de drept preexistentă.

Adina Ponta demonstrează că trăsăturile obligațiilor fiduciare sunt fundamentate în ambele sisteme pe valori originare din dreptul roman și pe principiile moralității și ale bunei-credințe pentru realizarea obiectivului comun de a crea obligații previzibile și juste pentru ambele părți. Totuși, în urma unei analize comparative normative și jurisprudențiale în statele membre UE, se constată că, în ciuda omogenității dreptului material, standardele de evaluare se prezintă într-o arhitectură variabilă, la fel ca și sistemul sancționator și remediile. Evoluția divergenței celor două tipuri de standarde reprezintă o practică încetățenită a instanțelor din Delaware și este justificată de câteva argumente identificate de doctrină. Jurisprudența continentală nu a diferențiat în mod clar între standardele de conduită și standardele de evaluare, ultimele fiind deosebit de diversificate. Diferențele abordărilor *ex post* se manifestă în atingerea diferită a funcției preventive a obligațiilor fiduciare, în stabilirea culpei și a sarcinii probei.

Doctrina a început să fie mult mai preocupată de analiza obligației de diligență și prudență în anii 80', când o asimila unei obligații morale de exercitare a funcției încredințate, o îndatorire înțeleasă în prezent ca fiind suma unor obligații subsidiare distincte. În dreptul continental însă, obligația de diligență și prudență este reglementată fragmentar, fiind adesea derivată din dreptul comun. Studiul evoluției jurisprudențiale relevă actualitatea conflictului latent între aplicabilitatea obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate, reclamanții fiind interesați să probeze încălcarea mai multor obligații fiduciare prin același comportament defectuos al administratorului. Totodată, administratorii pârâți se apără prin invocarea unei conduite loiale și caracterizată de bună-credință, încercând restrângerea ariei de aplicare a loialității și expansiunea înțelesului diligenței și prudenței, pentru a beneficia de avantajele atașate acestei obligații fiduciare, precum regula judecății de afaceri sau eventuale clauze statutare de înlăturare sau limitare a răspunderii.

Autoarea împărtășește viziunea că reducerea obligației de loialitate la existența unui conflict de interese reprezintă o viziune îngustă, deoarece singura diferență dintre încălcarea obligației de loialitate și a obligației de

diligență și prudență ar fi reprezentată de existența unui act de trădare a încrederii în situațiile existenței unei tentații materiale. Astfel, este apreciată ca binevenită tendința jurisprudenței actuale de *common law* de a extinde încălcarea obligației de loialitate la cazurile în care administratorii nu reușesc să demonstreze un devotament activ față de bună-starea beneficiarului, îndatoriri afirmative și nu doar reactive.

Deși diferențele între abordările obligațiilor fiduciare în *common law* și în sistemul de drept civil derivă din izvoarele lor diferite, autoarea constată că ambele sisteme au împrumutat principii din alte ramuri de drept pentru elaborarea obligațiilor fiduciare din guvernanta corporativă. Principala diferență privește categoria beneficiarilor primari ai obligațiilor fiduciare, cu precădere ai loialității. În vreme ce în *common law*, beneficiarii sunt acționarii/asociații, în sistemul de drept civil, obligațiile fiduciare sunt în general datorate societății administrate, ale cărei interese trebuie să primeze.

O observație interesantă este numărul redus al reglementărilor doctrinei oportunităților de afaceri în UE. Se constată că eficiența reglementării exprese a acestei instituții depinde în principal de identificarea condițiilor de utilizare a unei oportunități care aparține societății, respectiv informare sau aprobare *ex ante* de către un organ independent, iar identificarea caracterului real și actual al oportunității este o dimensiune importantă pentru stabilirea conduitei administratorului. În urma studiului soluțiilor din jurisprudența franceză timpurie cu privire la doctrina oportunităților de afaceri, autoarea demonstrează importanța adaptării acestei doctrine la contextul legislativ și la structurile procedurale din alte sisteme de drept. În caz contrar, jurisprudența va opune rezistență unor importuri legale prea diferite de instituțiile fundamentale de drept privat.

Analiza doctrinară de drept continental relevă faptul că, spre deosebire de dreptul contractelor speciale, în care practicienii preferă să definească buna-credință prin excluderea unor elemente din domeniul vast de aplicare al acestei instituții, în guvernanta corporativă, încadrarea unei conduite sau a unei decizii de afaceri în câmpul de aplicabilitate al bunei-credințe poate fi realizată mult mai tehnic. În esență, buna-credință în dreptul societăților poate fi descrisă prin conceptul de bază al instituției și descrierea obligațiilor care compun și chiar definesc această noțiune. În urma

cercetării efectuate, Adina Ponta descrie pe larg motivele pentru care apreciază că buna-credință ar trebui privită ca o obligație fiduciară distinctă, ca o instituție care înglobează loialitatea și explică de ce buna-credință funcționează ca fundament de principiu pentru articularea unor noi obligații fiduciare specifice.

În ceea ce privește analiza standardelor de evaluare a conduitei titularilor obligațiilor fiduciare în jurisprudența de drept continental, se observă utilizarea acelorași criterii ca în *common law*, însă standardele de evaluare nu sunt clasificate în funcție de existența unui conflict de interese, ci în funcție de rigiditatea acestora. În lipsa unor standarde de conduită clare și a dezvoltării unor standarde de evaluare flexibile, se apreciază că administratorii vor fi lipsiți de protecția legală și acționarii vor resimți tensiunea dezechilibrului dintre autoritate și putere. Astfel, aceștia din urmă vor opta mereu pentru revocarea administratorilor, ceea ce lipsește de valoare și de efect întreaga teorie a obligațiilor fiduciare.

Importul regulii judecătii de afaceri a fost receptat inițial în mod precaut. Autoarea apreciază că reglementarea expresă a regulii nu face decât să calibreze și să extindă eficiența acțiunii în recuperarea prejudiciilor cauzate de erorile de administrare. Prin codificarea regulii, se subliniază natura obligației de mijloace a mandatarului social și se încurajează asumarea riscului de afaceri în mod prudent. În context, Adina Ponta formulează o teorie inovativă cu privire la aplicarea regulii în dreptul român. Regula judecătii de afaceri este privită de doctrina română ca o cauză de exonerare a răspunderii administratorilor. În viziunea autoarei, îndeplinirea condițiilor regulii va determina ineficacitatea normei juridice referitoare la răspundere. Având în vedere neîndeplinirea elementelor culpei, normele privind răspunderea nu vor fi aplicabile, iar administratorul nu va fi obligat să repare prejudiciul produs prin decizia de afaceri defectuoasă, dar de bună-credință. Din aceste considerente, regula judecătii de afaceri nu este privită ca o cauză exoneratoare, ci ca o cauză obiectivă, de împiedicare a angajării răspunderii.

Adina Ponta consideră că importurile legislative nu ar trebui privite dintru început ca exemple de succes sau eșecuri ale modernizării dreptului, deoarece transpunerile perfecte într-un sistem de tradiție nu sunt nici

posibile și nici dezirabile, iar importul unei instituții nu exprimă fezabilitatea importului unui întreg sistem.

Monografia este, după știința noastră, prima lucrare amplă despre obligațiile fiduciare ale administratorilor societari în dreptul român. Studiul exhaustiv al jurisprudenței naționale în ceea ce privește aplicarea regulii judecătii de afaceri, ce constituie o veritabilă culegere de decizii, permite conturarea modelului de conduită al administratorului social, dintr-o perspectivă practică și pragmatică. În urma analizei comprehensive a premiselor angajării răspunderii civile a administratorilor, sunt sigur că această lucrare reprezintă un instrument extrem de util pentru actorii guvernantei corporative din România, practicieni și doctrinari deopotrivă.

Adina Ponta reflectează, interpretează și scrie într-un stil care îi conferă acestei monografii atât consistență, cât și intensitate. Ca exemplu, se poate lesne sesiza tendința de spirală, de *loop*, în care argumentele, conceptele și jurisprudența sunt prezentate, mereu printr-o fragilă anticipare, printr-o convingătoare descriere și prin abile retrimiteri ulterioare la ceea ce a fost afirmat deja.

Mă bucur foarte sincer că am oportunitatea de a prefața această lucrare, rodul muncii dedicate a Omului, studentului, colaboratorului, colegului și prietenului Adina Ponta.

Prof. Dr. Radu N. Catană

Abrevieri

AGA	-	Adunarea Generală a Acționarilor
AGEA	-	Adunarea Generală Extraordinară a Acționarilor
AGOA	-	Adunarea Generală Ordinară a Acționarilor
ALI	-	American Law Institute
ASF	-	Autoritatea de Supraveghere Financiară
art. precitat	-	Articol precitat
BGH	-	Bundesgerichtshof (Curtea Supremă de Justiție a Germaniei)
Bull. Civ.	-	Bulletin civil de la Cour de cassation
Cass.	-	Cour de Cassation (Curtea de Casație franceză)
Cass. Com	-	Cour de Cassation Chambre commerciale
C. Ap.	-	Curte de Apel
C. Com.	-	Cod comercial
CJUE	-	Curtea de Justiție a Uniunii Europene
C.S.J	-	Curtea Supremă de Justiție
CSR	-	Corporate Social Responsibility
ECGI	-	European Corporate Governance Institute
Ed.	-	Editură
ESG	-	Environmental, Social and Governance
Î.C.C.J.	-	Înalta Curte de Casație și Justiție
L.G.D.J.	-	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPPII	-	Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență
LS	-	Legea societăților nr. 31/1990, modificată și republicată
MBCA	-	Model Business Corporation Act
M. Of.	-	Monitorul Oficial al României
NCC	-	Noul Cod Civil, Legea nr. 287/2009
OECD	-	Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică

OLG	-	Oberlandesgericht (Curte de Apel în limba germană)
op. cit.	-	Operă citată
OUG	-	Ordonanță de Urgență
ORC	-	Oficiul Registrului Comerțului
RRDA	-	Revista Română de Drept al Afacerilor
RRDP	-	Revista Română de Drept Privat
SA	-	Societate pe Acțiuni
SC	-	Societate comercială
secț. civ	-	Secția civilă
secț. com	-	Secția comercială
secț. cont. adm. și fisc.	-	Secția de contencios administrativ și fiscal
secț. pen	-	Secția penală
s.n.	-	sublinierea noastră
SRL	-	Societate cu Răspundere Limitată
Trib.	-	Tribunal
Trib. Com	-	Tribunal comercial
Trib. spec.	-	Tribunal specializat
UCC	-	Uniform Commercial Code
UE	-	Uniunea Europeană
Vol.	-	Volumul

Introducere

1. Prezenta monografie urmărește o examinare comparativă a obligațiilor fiduciare ale administratorilor societari în guvernanta corporativă a sec. XXI, prin analiza evoluției acestor instituții în sistemul de drept civil și în *common law*. Obiectul de cercetare a fost determinat de evoluția dreptului societar în România, prin recunoașterea și reglementarea obligațiilor fiduciare în guvernanta corporativă, care, la debutul prezentei cercetări, se bucurau de o doctrină și jurisprudență națională modestă.

Metodologia utilizată este cercetarea comparativă a reglementărilor, a instrumentelor de *soft-law*, a doctrinei și a jurisprudenței în materia obligațiilor fiduciare în câteva jurisdicții pe care le-am considerat relevante în acest domeniu, SUA, Marea Britanie, Franța, Germania și România, și în câteva state cu tradiție juridică asemănătoare dreptului român. Printr-o culegere de exemple de speță, lucrarea urmărește oferirea unui tablou al tendințelor surprinse în politicile legislative, în practica instanțelor și în dinamismul lumii de afaceri, prin evaluarea principalelor strategii de intervenție legislativă.

Instrumentele de cercetare utilizate nu se limitează la doctrina și jurisprudența de drept continental, ci includ legislația primară, secundară și instrumente de *soft-law* din statele membre UE, din SUA și Quebec. Cu ajutorul metodei critic-comparative, am analizat studii și statistici despre guvernanta corporativă la nivelul UE din perspectiva juriștilor francezi și anglo-saxoni, rapoarte ale instituțiilor europene și ale unor instituții independente recunoscute, inclusiv *European Corporate Governance Institute*, *European Confederation of Directors Associations* și Banca Mondială. Prin metoda logică, am sintetizat opiniile doctrinare de drept francez, drept german și drept român, utilizând surse precum monografiile, tratatele, comentarii de legi și de coduri, dar în special articole din reviste de

specialitate, pentru a surprinde cele mai actuale aspecte. Studiul cuprinde o analiză aprofundată a literaturii de specialitate a regulii judecătii de afaceri și cercetarea exhaustivă a abordărilor doctrinare și jurisprudențiale disparate, care au fost concentrate pentru a propune în final o interpretare în dreptul național. Aplicând metoda deductivă, am urmărit tendințele jurisprudențiale naționale pentru a aborda instituțiile juridice moderne potrivit izvoarelor și istoriei acestora. Prezentarea obligațiilor fiduciare este realizată în urma unui studiu, pe care îl dorim exhaustiv, al jurisprudenței naționale în ceea ce privește aplicarea regulii judecătii de afaceri în litigiile cu profesioniștii, până în decembrie 2018.

Obiectivul lucrării este analizarea arhitecturii obligațiilor fiduciare ale administratorilor societari și a standardelor de evaluare aferente pentru a determina eficiența și lacunele mecanismelor de angajare a răspunderii și ale sancțiunilor existente în prezent. În urma unei analize comprehensive a premiselor angajării răspunderii civile a administratorilor în *common law*, în dreptul continental și în dreptul român, ne permitem să sperăm că această lucrare va constitui un instrument util și pentru actorii guvernantei corporative din România.

Caracterul de noutate al monografiei rezidă în evaluarea simetriei ori a convergenței instituțiilor studiate în diferite sisteme de drept, preponderent în ceea ce privește natura, consecințele practice și jurisprudența aplicativă a regulii judecătii de afaceri. Oportunitatea lucrării constă în surprinderea tendinței de modernizare a dreptului societar român și în abordarea practică și pragmatică a asimetriei contractuale caracteristică relației fiduciare.

2. Volumul este structurat în șapte capitole. Primul capitol oferă o introducere în teoria obligațiilor fiduciare și prezintă evoluția principiilor angajării răspunderii civile a administratorilor, în paralel cu dezvoltarea noțiunii de corectitudine și echitate a conduitei și a instituției sarcinii probei. În ciuda tradiției legale diferite, obligațiile fiduciare prezintă o arhitectură similară în *common law* și în sistemul de drept civil, preluând în ambele rolul unui mecanism de facilitare a relațiilor fundamentate pe încredere și de încurajare a mandatarilor sociali să acționeze într-o manieră corectă, morală și sinceră. Prin ilustrarea izvoarelor obligațiilor fiduciare în fiecare sistem,

am analizat efectele practice ale derivării teoriei obligațiilor fiduciare din exercițiul dreptului de proprietate în *common law* și din dreptul contractelor în sistemul de drept civil. Constatând că în ambele sisteme funcția acestor obligații este oferirea unei haine juridice noțiunii de „încredere”, am evaluat comparativ obiectivele reglementării în ambele tradiții juridice. Pentru o introducere comprehensivă în materia studiată, primul capitol descrie și fundamentul diferențierii între standardele de conduită și standardele de evaluare a conduitei fiduciare. Ultima parte a acestui capitol introduce sediul materiei în dreptul român. Pornind de la elementele contractului de mandat, vom identifica aspectele relevante ale dispozițiilor Codului Civil, inclusiv ale gestiunii de afaceri și ale administrării bunului altuia, pentru a contura natura mandatului administratorului societar.

Următoarele trei capitole tratează obligațiile fiduciare, respectiv standardele de conduită aplicabile administratorului societar și rolul acestora de a orienta conduita mandatarilor prin formulări expansibile, ca răspuns la tensiunea continuă determinată de conflictul de interese între cei care dețin capitalul și cei care dețin puterea de control a societății. În fiecare dintre aceste capitole dedicate prezentării exhaustive a obligațiilor fiduciare, vom încerca să identificăm rolul bunei-credințe în analiza judiciară *ex post* a îndeplinirii obligațiilor fiduciare.

Capitolul II expune obligația de diligență și prudență, o îndatorire înțeleasă de doctrină ca fiind suma a patru obligații subsidiare distincte. După abordarea conținutului clasic al acestei obligații în doctrina franceză și în jurisprudența de *common law*, propunem o privire comparativă a prevederilor legale din statele membre ale Uniunii Europene și determinarea conținutului acestei obligații fiduciare în contextul modern al economiei concurențiale. Natura acestei obligații fiduciare și cazurile în care ar fi încălcată potrivit legii române sunt discutate prin prisma analizei doctrinei și a jurisprudenței de inspirație a legiuitorului. Prin crearea unor paralele între caracterele contractului de mandat și funcțiile tradiționale ale administratorilor, încărcate cu prerogative predominant legale, studiul va releva importanța caracterelor fiduciare ale rolului mandatarului social. Având în vedere că majoritatea statelor derivă această obligație din elementele contractului de mandat, ne-am propus o analiză comparativă a

standardului de diligență și prudență în diferite jurisdicții și identificarea standardului de evaluare a acestei obligații în jurisprudența continentală. În urma analizei mandatului aparent și a depășirii limitelor mandatului din primul capitol, vom expune diferențele dintre criteriile de evaluare a administratorilor SRL și SA pentru conduita necorespunzătoare, urmărind modificările succesive ale legislației speciale. A doua parte a capitolului urmărește analizarea naturii, a regimului și efectelor regulii judecătii de afaceri în aplicarea acesteia ca standard obiectiv de evaluare sau ca doctrină a abstențiunii. Vom urmări efectele aplicabilității regulii și interpretările jurisprudențiale din *common law* și din dreptul continental pentru a evalua compatibilitatea prevederilor naționale cu interpretările consacrate din doctrina străină.

Capitolul III examinează conturul obligației de loialitate, pe care o privim ca fiind nucleul obligațiilor fiduciare datorate de un administrator societar. Obiectivul capitolului este reliefarea tiparului acestei obligații din jurisprudența evolutivă, de la începutul confluențelor elementelor de drept și microeconomice, cu evidențierea nuanțelor normelor sociale și morale din prezent. Diferite exemple de speță contribuie la identificarea suprapunerilor dintre loialitate și bună-credință, precum și a congruențelor obligației de diligență și prudență și a loialității.

Analiza de drept comparat va releva soluțiile divergente care pot fi pronunțate în funcție de abordarea acestei obligații: în vreme ce în *common law*, obligația de loialitate absoarbe buna-credință, doctrina de drept continental privește loialitatea ca fiind unul dintre principalele elemente ale bune-credințe. Ne-am propus o analiză comparativă a obligației fiduciare de loialitate în jurisdicțiile europene, a reglementărilor naționale exprese ori a expresiilor de recunoaștere jurisprudențială a instituției. Funcția fiduciară se exprimă prin eforturile sincere de exercitare a obligațiilor cu utilizarea cunoștințelor și a experienței, astfel că statele membre UE propun lărgirea funcției de administrator cu inițiative corespunzătoare mediului economic. Vom trece în revistă schimbările sociale care au modificat traseul interpretărilor doctrinare și jurisprudențiale ale loialității – de la conflictul de interese clasic la îndeplinirea unor obligații pozitive. Vom identifica elementele inerente contractului de mandat din dreptul privat român,

reflectând asupra expansiunii noțiunii de loialitate prin abordarea conflictului de interese și a doctrinei oportunității de afaceri.

Capitolul IV tratează buna-credință din perspectiva dreptului societăților, pornind de la tendința din jurisprudența anglo-saxonă de a recunoaște în mod explicit buna-credință ca obligație fiduciară distinctă după anul 1995. În încercarea de a contura această obligație, de a o clarifica din punct de vedere normativ și de a o delimita de celelalte două obligații fiduciare tradiționale, vom studia interpretările date acestei instituții în guvernanta corporativă. Datorită amplitudinii noțiunii de bună-credință, aceasta a permis instanțelor să articuleze obligații fiduciare subsidiare, care vin în întâmpinarea schimbărilor sociale și a evoluției dreptului societar. Prin diferite exemple de speță, se va demonstra că datorită naturii, conținutului și efectelor situațiilor în care se întâlnesc, aceste obligații specifice nu pot fi incorporate ca elemente componente ale obligațiilor tradiționale de diligență și prudență sau loialitate. Prin urmare, obiectivul este să demonstrăm autonomia bunei-credințe în rândul obligațiilor fiduciare alături de obligația de diligență și prudență și cu absorbirea obligației de loialitate.

În baza schiței etalonului conduitei ideale, **capitolul V** reprezintă un studiu al modalităților de evaluare a conduitei administratorului, respectiv anumite „probe” pe care doctrina de *common law* le-a identificat în urma studierii jurisprudenței, și care au conturat ceea ce se înțelege în prezent în literatura juridică prin termenul de proba corectitudinii și a echității sau, după caz, regula judecății de afaceri. Urmărind rolul bunei-credințe ca liant al standardelor de evaluare, vom deosebi obiectivele, elementele și flexibilitatea standardelor de evaluare prin raportare la standardul de conduită asociat. Pornind de la proba corectitudinii și a echității și de la regula judecății de afaceri, vom analiza criteriile de evaluare aplicate de jurisprudența de drept continental și rigiditatea standardelor dezvoltate de sistemul de drept civil.

Capitolul VI surprinde particularitățile obligațiilor fiduciare în contexte specifice. În primul rând, vom parcurge evoluția funcției administratorului neexecutiv prin evaluarea abordărilor legislative pentru care au optat statele membre UE. Prin natura funcției lor, administratorii neexecutivi controlează riscurile determinate de dezechilibrele de informație

dintre cei care dețin capitalul și cei care dețin controlul unei societăți, cu condiția îndeplinirii efective a obligației de supraveghere. Totuși, această obligație subsidiară nu este de esența funcției administratorilor neexecutivi, geometria obligațiilor lor fiind vizibil diferită față de obligațiile executivilor. În al doilea rând, vom puncta particularitățile specifice în cazul fuziunilor și al achizițiilor, în cazul celor din urmă, atât din perspectiva administrației societății cumpărătoare, cât și a societății vânzătoare. Sesizând în această nișă un nivel ridicat de armonizare a legislațiilor statelor membre UE și pronunțate influențe de *common law*, vom studia abordarea *ex ante* și *ex post* a obligațiilor administrației în cazul unei preluări și a artificilor juridice create de practicieni. În al treilea rând, vom trata obligațiile tipice ale administratorilor societății în vecinătatea insolvenței, în vederea anticipării și minimizării riscului de angajare a răspunderii lor. Vom identifica expresiile obligației de diligență și prudență sporite în această perioadă dificilă pentru societate, discutând beneficiarii obligațiilor fiduciare ale administratorului și aplicabilitatea regulii judecății de afaceri în vecinătatea insolvenței.

Pornind de la analiza naturii juridice a răspunderii civile a administratorilor, **capitolul VII** dezvoltă răspunderea administratorului față de societatea *in bonis* și față de terți. În urma unui studiu al jurisprudenței naționale și din alte state membre UE, vom nuanța aspectele procedurale, remediile și sancțiunile în dreptul comparat. Prin studiul doctrinei de drept continental și de *common law*, vom identifica mijloacele de limitare și înlăturare a răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligațiilor fiduciare, atât în ceea ce privește răspunderea subiectivă cât și răspunderea obiectivă. În ceea ce privește mecanismul asigurării răspunderii pentru risc profesional al administratorilor, pe care îl considerăm o limită improprie a răspunderii, vom prezenta rezultatele studiului cu privire la asigurările oferite pe piața românească.

3. În final, observând calificarea regulii judecății de afaceri de către doctrina română ca o cauză de exonerare a administratorului societar, în baza studiului de drept comparat și a analizei jurisprudenței naționale, vom extrage concluziile cu privire la efectele primare ale regulii, respectiv fundamentul înlăturării răspunderii, raționamentele alocării sarcinii probei și interpretarea jocului prezumțiilor legale și judiciare.

CAPITOLUL I.

Fundamentele obligațiilor fiduciare ale administratorilor societari

1. Considerații introductive

4. Evoluția jurisprudenței de drept societar a demonstrat că răspunderea organelor de conducere ale societăților reprezintă o problemă mult mai complexă și mai profundă decât o simplă traducere sau adaptare a răspunderii civile contractuale și delictuale în guvernanța corporativă. Complexitatea și provocările evaluării conduitei fiduciare din lumea afacerilor în piața românească a secolului XXI nu sunt neapărat urmările reglementării unitare a dreptului privat în Noul Cod Civil, prin abrogarea Codului Comercial. Acestea se datorează faptului că angajarea răspunderii mandatarilor sociali începe să fie abordată dintr-o perspectivă globalizată a piețelor financiare, a relațiilor de afaceri și a armonizării sistemelor de drept. Acest tip particular de răspundere se dovedește a fi uneori diferit față de clasică răspundere civilă delictuală, a cărei admisibilitate decurge din îndeplinirea condițiilor prevăzute de modelul francez și preluate și de vechiul Cod Civil, respectiv existența unui prejudiciu, a unei fapte ilicite, a unui raport de cauzalitate între primele două, dar mai ales existența vinovăției celui care a cauzat prejudiciul, constând în intenția, neglijența sau imprudența cu care a acționat.

Prima și cea mai importantă particularitate a acestei răspunderi este reprezentată de premisele angajării răspunderii administratorilor, care se deosebesc de angajarea răspunderii cunoscută din dreptul obligațiilor. În ciuda existenței unei culpe, răspunderea pentru anumite acte sau fapte nu va fi angajată uneori potrivit regulilor guvernanței corporative moderne.

Deși inițial răspunderea administratorilor unei societăți putea fi angajată doar în condițiile „comiterii unei greșeli de administrare”, adică a existenței indubitabile a culpei, la începutul secolului XX, odată cu evoluția conceptului de *trust*, doctrina a început să se preocupe de corectitudinea și echitatea conduitei administratorului și a sarcinii probei privind îndeplinirea mandatului și meritul încrederii care i-a fost acordată.

2. Rolul și evoluția teoriei obligațiilor fiduciare în dreptul societăților

5. Relațiile fiduciare au devenit ubicuitare, deoarece în orice comunitate sau grup de persoane există relații în care un individ se bazează pe un altul și pe serviciile prestate de acesta în baza expertizei sale, cu scopul de a evita dublarea eforturilor și de a beneficia de servicii specializate. Această încredere¹ este însoțită de riscurile aferente oricărei relații interumane, respectiv riscul ca titularul obligațiilor fiduciare să nu fie sincer, să nu își îndeplinească promisiunile, să folosească bunurile contrar scopului pentru care i-au fost încredințate sau să își utilizeze expertiza în baza căreia a fost ales ca persoană de încredere în propriu său beneficiu². Relația fiduciară se formează între o parte puternică, deținătoarea informației și a controlului, și o parte care cedează exercițiul puterii sale conferite de dreptul de proprietate. Teoria obligațiilor fiduciare s-a născut pentru a proteja partea care conferă încredere, cedează posesia și puterea, de abuzurile posibile din partea celor care exercită aceste drepturi în numele și pe seama sa. Legea obligațiilor fiduciare are rolul de a facilita aceste relații, reducând riscurile pentru persoanele care oferă încredere și încurajând fiduciarii să își ofere expertiza în serviciul altei persoane în mod profesionist și demn de încredere. Legea obligațiilor fiduciare reduce costul oferirii încrederii prin prevenirea abuzului și a performanței neglijente și minimizează riscurile la

¹ Noțiunile utilizate de doctrina și jurisprudența de *common law* sunt „*reliance*” și „*trust*”, care nu sunt sinonime în limba engleză, deși ambele sunt traduse în limba română cu termenul de „încredere”. Primul termen exprimă mai degrabă disponibilitatea cuiva de a se baza pe cineva și de a-și pune nădejdea în serviciile prestate de acea persoană.

² Frankel, T.: *Toward Universal Fiduciary Principles*, Queen's Law Journal vol. 39, nr. 2, Kingston, Canada, 2014, p. 393.

care sunt expuși fiduciarilor prin garanții legale ale autenticității și corectitudinii lor³.

6. În ceea ce privește terminologia, observăm că încă înainte de era noastră, Codul lui Hammurabi reflecta relația fiduciară în maniera în care aceasta este percepută astăzi, prin obligarea agentului care primea sume de bani pentru călătorii sau investiții ori bunuri pentru vânzare și negoț, de a păstra o dovadă scrisă a tranzacțiilor efectuate pe seama mandantului și de a-i prezenta acestuia atât dobânzile obținute, cât și profiturile generate. În Mesopotamia antică, mandatarul care nu reușea să obțină profit din banii care i-au fost încredințați de mandant, era obligat să îi plătească dublul sumei, însă Codul interzicea răspunderea mandatarului în caz de forță majoră, atacuri de către tâlhari sau dezastre naturale⁴. Observăm că, în doctrina contemporană, fiduciarilor ocupă diferite funcții și poziții, fiind administratori, avocați, manageri financiari sau de investiții, toți fiind numiți „fiduciar”, în vreme ce mandanții sunt în general numiți „beneficiarii relației fiduciare” sau „mandanți”. Apreciem că nomenclatura unică a mandanților se datorează faptului că dreptul privat în *common law* și în sistemul de drept civil tinde să acorde o importanță mai mare obligațiilor fiduciare decât drepturilor corelative ale beneficiarilor, iar prin dezvoltarea piețelor și a tranzacțiilor globale, categoria titularilor obligațiilor fiduciare este una deschisă, fiind mereu completată prin noi categorii de fiduciar cu expertiza solicitată de realitățile și profesioniștii pieței.

Termenul „fiduciar” derivă din latinescul *fiducia*, care înseamnă încredere, confidență, capacitate de a se baza pe cineva, iar dreptul roman înțelegea *fiducia* ca pe un pact suplimentar al transmisiunii unui bun, care indica debitorului obligațiile pe care le are în legătură cu acesta⁵. *Fiducia cum amico* există și astăzi în majoritatea jurisdicțiilor de drept civil și presupune

³ Frankel, T.: *Trust and Honesty: America's Business Culture at a Crossroad*, Ed. Oxford University Press, New York, 2006, p. 68.

⁴ Rostad, K.: *Six Core Fiduciary Duties for Financial Advisors*, *Fiduciary Reference Analysis of Investment Fiduciary Issues*, Publication no. 5 of The Institute for the Fiduciary Standard, McLean, Virginia, 2013, p. 11 și Nagarajan, K. V.: *The Code of Hammurabi: An Economic Interpretation*, International Journal of Business and Social Science vol. 2, nr. 8, Laurentian University, Sudbury Canada, 2011, p. 8.

⁵ Hanga, V., Bocșan, M. D.: *Curs de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 254; *Oxford English Legal Dictionary*, ediția a 7-a, Oxford University Press, 2009.

o relație în care o persoană încredințează alteia bunuri cu obligația de a le păstra cu bună-credință⁶.

În ciuda tradiției legale diferite, obligațiile fiduciare s-au dezvoltat atât în *common law*, cât și în sistemul de drept civil, preluând în ambele sisteme rolul unui mecanism de facilitare a relațiilor fundamentate pe încredere, prin încurajarea membrilor unei societăți de a acționa într-o manieră corectă și echitabilă, morală și onestă. Vom ilustra în continuare maniera diferită în care cele două sisteme de drept au dezvoltat obligațiile fiduciare din instituțiile de drept privat tradiționale și jurisprudența specifică sistemului. În capitolele următoare vom observa faptul că, în ciuda tradițiilor legale diferite din sistemul de drept civil și din *common law*, conținutul obligațiilor fiduciare din secolul XXI este cât se poate de asemănător și tinde la o convergență din ce în ce mai pronunțată. Prin dezvoltarea comerțului internațional și a relațiilor dintre profesioniștii care provin din culturi juridice diferite, apreciem că adaptarea limbajului și a instituțiilor juridice spre o abordare unitară ar beneficia comerțului și piețelor financiare din întreaga lume. Costurile verificării conduitei morale și oneste ar putea fi reduse prin adoptarea unor principii general acceptate și înțelese, care să întărească relațiile bazate pe încredere.

2.1. Natura obligațiilor fiduciare în sistemul de drept civil și în *common law*

7. Doctrina și jurisprudența de *common law* au încercat să construiască teoria obligațiilor fiduciare pornind de la înțelesul literal al noțiunilor care descriu în mod tradițional relațiile fiduciare, respectiv *fides* sau loialitate⁷. Justificarea este aceea, că relațiile fiduciare sunt construite invariabil pe încredere, siguranța de a încredința un bun sau o putere, iar obligația centrală de loialitate impune cel mai înalt standard de fidelitate și absența egoismului. Astfel, noțiunile de încredere, confidență și loialitate au fost adesea privite ca fiind explicate prin însuși numele lor, într-un sens axiomatic. În era modernă, aceste noțiuni au fost inițial utilizate într-un

⁶ *Fiducia cum amico* s-a transformat în zilele noastre în contractul de comodat (împrumutul gratuit).

⁷ Valsan, R. D.: *Understanding Fiduciary Duties: Conflict of Interest and Proper Exercise of Judgment in Private Law*, McGill University Paper Studies, Montreal, 2012, p. 12.

înțeles vast de *Court of Chancery*, o instanță care judecă în echitate, fiind incidente în orice situație care implica încredere și discreție și calificând această relație ca fiind un *trust*, indiferent dacă era vorba despre un *trust* de proprietate⁸. La mijlocul secolului XIX, termenul „fiduciar” a devenit noțiunea standard pentru a exprima relațiile de încredere care nu se înscriau în categoria contractului de *trust*.

8. Viziunea tradițională a relațiilor fiduciare este fundamentată pe ideea că o persoană deține sau controlează proprietatea care aparține altei persoane⁹. Câmpul de aplicare a relațiilor fiduciare a crescut exponențial în secolul XX, iar această noțiune a început să fie atașată oricărei relații caracterizate de încredere și încredințare a unei puteri¹⁰. Nu se poate întocmi o listă limitativă a relațiilor fiduciare actuale, acest domeniu fiind în prezent unul deschis, în principal datorită necesității identificării condițiilor fundamentale care determină aplicabilitatea obligațiilor fiduciare în noile relații. Doctrina s-a pus de acord cu împărțirea relațiilor fiduciare în două categorii, în primul rând relațiile recunoscute unanim, cum sunt cele din contractul de *trust*, contractul de mandat, contractul de administrare, contractul de asistență juridică, unde obligațiile fiduciare sunt prezumate prin însuși obiectul contractului¹¹. A doua categorie este reprezentată de

⁸ *Idem*, p. 13. *Court of Chancery* era o instanță din Marea Britanie care judeca în echitate în baza unui set de reguli menite să evite schimbările aduse de *common law*, considerate improprii și inechitabile. Rolul acestei instanțe era o extensie a competenței Lordului Cancelar, de „menținere a conștiinței Regelui”, judecând astfel în baza conștiinței și a echității. Competența ei se întindea asupra *trust*-urilor, a litigiilor ce priveau drepturi reale, curatele și tutele. Această instanță nu mai există în forma aceasta de la sfârșitul sec. XIX. În prezenta lucrare, vom menționa opinii ale *Delaware Court of Chancery*, a cărei existență derivă din tradiția britanică de *common law*. Această instanță judecă în echitate și este una dintre cele trei instanțe constituționale ale statului Delaware, alături de Curtea Supremă și Curtea Superioară, ambele instanțe care judecă în baza normelor legale.

⁹ Hicks, A.: *The remedial principle of Keech v. Sandford, reconsidered*, Cambridge Law Journal nr. 69/2010, p. 287.

¹⁰ În cauza *In Re Coomber*, Ch 723, Londra, 1911, *Court of Chancery* a descris varietatea relațiilor fiduciare, de la „relația mea cu băiatul de pe stradă care a promis să îmi aducă restul, până la relația cea mai intimă și mai confidențială care poate exista între două părți, când una se află în totalitate în mâna celeilalte în baza încrederii infinite pe care o resimte”.

¹¹ Millet, P.: *Equity's place in Commerce*, University of Kent Law Quarterly Review nr. 114/1998, p. 288 și Maddaugh, P.: *Definition of Fiduciary Duty*, în vol. *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* 1990, p. 15.

relațiile care nu se înscriu într-o categorie consacrată și relațiile fiduciare se aplică *ad hoc* în funcție de circumstanțele specifice, astfel încât incidența acestora trebuie să fie dovedită¹².

Relațiile fiduciare sunt formate în general din trei elemente. În primul rând, orice relație fiduciară presupune o „cumpărare” a cunoștinței unui mandatar, pentru reducerea propriilor costuri și a timpului, o achiziție fundamentată pe un tip de încredere pe care legea are interesul să o protejeze și să o alimenteze¹³. În al doilea rând, relația fiduciară presupune încredințarea puterii și/sau a proprietății spre utilizarea acestora în interesul beneficiarului. În al treilea rând, se pune problema îndatoririlor concrete ale mandatarilor în îndeplinirea funcției conferite și verificarea acestora de către mandanți pentru a asigura utilitatea și efectivitatea îndeplinirii serviciilor pentru care au fost aleși. Acest ultim element se dovedește a fi cel mai complex și cu cea mai mare importanță practică deoarece, în relațiile pe termen lung, beneficiarii nu vor putea anticipa circumstanțele variabile în care mandatarii își vor exercita mandatul, ci se vor fundamenta din nou pe încrederea că fiduciarii au cunoștințele și experiența necesară ajustării și adaptării actelor și faptelor lor, deoarece însăși existența obligațiilor fiduciare se explică prin calitățile mandatarului.

9. Obligațiile fiduciare s-au născut pe căi diferite în cele două sisteme de drept, în baza unor tradiții juridice, a unei culturi juridice și a unor proceduri civile diferite, care au nuanțat modalitatea exercitării, aplicării și evaluării acestora. Deși ambele sisteme tind să găsească soluții acelorași probleme, abordările culturale și istorice diferite pot determina uneori interpretări opuse.

Principală diferență funcțională se datorează fundamentării diferite a noțiunii de „încredere”, care, în ciuda rădăcinilor comune ale ambelor sisteme în dreptul roman, a avut o evoluție distinctă. Sistemul de *common law* derivă reglementarea noțiunii de încredere în mare parte din ramura drepturilor reale, cu precădere a dreptului de proprietate, în vreme ce în sistemul de drept civil, încrederea este atașată unei relații contractuale.

¹² A se vedea Valsan, R. D., *art. precitat supra* 7, p. 19.

¹³ A se vedea Frankel, T., *art. precitat supra* 2, p. 397.

În *common law*, interpretarea obligațiilor pornește de la evaluarea cazului concret și a intențiilor părților. În schimb, practicienii de drept civil vor căuta norma aplicabilă și reglementarea legală generală care reflectă în modul cel mai fidel relația dintre părți. Procedurile judiciare de *common law* prezintă un pronunțat caracter adversarial, spre deosebire de rolul activ și direct acordat judecătorului în procedurile judiciare din dreptul continental. Sistemul de *common law* tratează riscurile mandanților prin protecția dreptului lor subiectiv asupra puterii și a proprietății încredințate și prin crearea unui echilibru legal între protecția drepturilor beneficiarului și dreptul mandatarului de a exercita mandatul într-o manieră care să nu îi pericliteze propriile interese. Prin preluarea modelului oferit de dreptul de proprietate, beneficiarul este protejat de conduita necorespunzătoare a mandatarilor prin abuzul puterii conferite sau a deturnării bunurilor încredințate. Această abordare subliniază importanța dreptului de proprietate al beneficiarului asupra bunurilor încredințate și posesia cedată mandatarilor.

Fundamentele legale tradiționale ale obligațiilor fiduciare sunt reprezentate de dreptul de proprietate și principiile judecătii în echitate. În *common law*, aceste obligații fiduciare reprezintă expresia protecției conferite transferului dreptului de proprietate sau al puterii exercițiului în scopul desemnat și în limitele îndeplinirii obiectului mandatului¹⁴. Această ramificare sau divizare a dreptului de proprietate, incompatibilă cu principiile tradiționale ale sistemului de drept civil, este înțeleasă similar de doctrina britanică, însă cu diferențierea între noțiunile de proprietate și posesie din dreptul privat continental. Beneficiarul va păstra dreptul absolut de proprietate a bunului și puterea de a decide cu privire la dispoziția acestuia, având mijloacele de protecție a dreptului de proprietate garantate oricărui proprietar.

Deși caracterul moral al relației fiduciare este avut în vedere în ambele sisteme de drept, acesta este mult mai pronunțat în *common law*, fiind un element intrinsec al relației fiduciare¹⁵ și profund înrădăcinat în noțiunea

¹⁴ A se vedea Frankel, T., *art. precitat supra* 2, p. 401.

¹⁵ Încă în anul 1911, instanțele apreciau că „elementele de echitate ale relației fiduciare sunt bazate pe cea mai înaltă moralitate”, a se vedea cauza *Alcorn v. Alcorn*, 194 F 275, Curtea Supremă din Mississippi, 1911, pct. 278.

de „altruism”¹⁶. Expresia celor mai înalte calități umane, loialitate, încredere, onoare și fidelitate, relația fiduciară încălcată printr-o faptă de delapidare are un caracter profund imoral¹⁷ și este incompatibilă cu însăși natura acestei relații¹⁸. În mod evident, izvoarele instituțiilor legale actuale nu sunt pure în niciun sistem legal, fiind un amalgam de influențe culturale. În *common law*, teoria obligațiilor fiduciare poate fi dedusă din dezvoltarea contractului de *trust* în ceea ce privește răspunderea pentru actele culpabile, precum și din dreptul penal, în ceea ce privește fapta de delapidare a bunurilor încredințate, așadar, din dreptul de proprietate¹⁹.

Un alt efect al încadrării teoriei obligațiilor fiduciare în ramuri de drept diferite îl reprezintă fundamentul dreptului contractelor din *common law*, care privește întotdeauna cele două părți contractante ca fiind pe poziții egale și cu putere egală de negociere. Această interpretare este incompatibilă cu diferența de putere a celor două părți ale relației fiduciare, în care una încredințează alteia un bun și noțiunea de încredere are rol primordial. Drepturile reale sesizează de altfel acest dezechilibru dintre părți și riscurile la care este supusă partea mai vulnerabilă care încredințează celeilalte părți puterea sau bunul său.

Sistemul de drept civil nu a îmbrățișat aceeași abordare, dreptul de proprietate cuprinde în conținutul său atributele posesiei, folosinței și dispoziției, dreptul de dispoziție fiind indivizibil și astfel incompatibil cu interpretarea de *common law* a „transferului parțial” al dreptului de proprietate către mandatar²⁰. Conceptul divizibilității caracterului exclusiv al dreptului de proprietate a fost respins în perioada revoluției franceze ca

¹⁶ Frankel, T.: *Fiduciary Law*, California Law Review vol. 71, nr. 3/1983, p. 252.

¹⁷ Cauza *Moore v. United States*, 160 US 268, Curtea Supremă SUA, 1895.

¹⁸ În anumite situații, doctrina și jurisprudența au asimilat relația fiduciară unei relații contractuale, aceasta fiind o relație în care titularul obligațiilor fiduciare a intrat în mod absolut voluntar, a se vedea Frankel, T., art. precitat *supra* 3, p. 830.

¹⁹ A se vedea Frankel, T., art. precitat *supra* 2, p. 407.

²⁰ Respingerea acestei poziții nu a fost la fel de clară întotdeauna. În ceea ce privește *fiducia cum creditore* din dreptul roman, o formă a transferului de proprietate către creditor, care urma să returneze bunul în urma restituirii integrale și la timp a datoriei, acest contract prevedea adesea circumstanțele în care creditorul putea vinde bunul. Această formă de contractare prezintă caracteristici similare transferului parțial al dreptului de proprietate întâlnit în *trust*-ul modern. A se vedea Van Rhee, C. H.: *Trust, Trust-Like Concepts and Ius Commune*, European Review of Private Law nr. 3/2000, Maastricht, p. 456.

simbol al feudalismului, iar Codul Napoleon a introdus dreptul de proprietate privată absolut și exclusiv al fiecărui proprietar²¹. Urmând tradiția juridică a fundamentării relațiilor contractuale pe încredere, obligațiile fiduciare au fost derivate în sistemul de drept civil din instituțiile dreptului contractelor. Dreptul civil abordează riscurile atașate mandanților prin acordarea unei valori ridicate termenilor contractuali care stabilesc relația fiduciară, a corectitudinii acestor termeni și a contextului extern care a condus la încheierea acordului între părți. În sistemul de drept civil, dreptul contractelor a dezvoltat instituții care au ca punct central obiectul contractului. Chiar dacă intenția părților reprezintă un element important în cazul unui litigiu, dreptul civil acordă importanță deosebită caracterului moral al obiectului contractului²², moralitatea fiind esențială atât în dreptul contractelor, cât și în dreptul obligațiilor²³, două ramuri a căror relație este mai strânsă în sistemul de drept civil față de *common law*. Așadar, în dreptul privat continental, nerespectarea contractelor reprezintă în primul rând un act imoral.

10. Relațiile fiduciare au jucat un rol important în dezvoltarea dreptului privat din *common law*, unde poziția titularului obligațiilor fiduciare, statutul, matricele contractuale și relațiile fiduciare au fost înțelese ca veritabile modele și canale de interacțiune²⁴. Poziția titularului obligațiilor fiduciare și relația fiduciară reprezintă un punct central pentru determinarea incidenței obligațiilor fiduciare, a caracterului lor expres sau implicit în manifestările de angajare voluntară a mandatarului. Din acest motiv, o parte a doctrinei de *common law* susține abordarea obligațiilor fiduciare în termeni expresi sau implicați ai manifestării sau contractării voluntare a unui serviciu în favoarea altei persoane, și nu ca obligații legale condiționate de poziția deținută de fiduciar, ceea ce ar conduce la verificarea incidenței obligațiilor

²¹ Art. 544 din Codul Napoleon: „Proprietatea este dreptul de a te bucura și de a dispune de lucruri într-o manieră absolută, cu condiția de a nu încălca limitele prescrise de legi și regulamente”.

²² Chirică, D.: *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 61.

²³ Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I.: *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform Noului Cod Civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 395.

²⁴ Gelter, M., Helleringer, G.: *Fiduciary Principles in European Civil Systems*, ECGI Paper Series nr. 392/2018, p. 8.

fiduciare în funcție de circumstanțele relației²⁵. Această dezbatere complexă privind legătura dintre natura contractuală a obligațiilor fiduciare în *common law* și poziția titularului obligațiilor continuă în doctrina britanică și din America de Nord. Doctrina britanică majoritară susține poziția potrivit căreia, obligațiile fiduciare se nasc dintr-o manifestare sau un fapt obiectiv al angajării unei poziții sau a unui statut de către o persoană²⁶, însă doctrina americană respinge ideea derivării obligativității îndeplinirii obligațiilor fiduciare din simpla existență a acestui statut²⁷, și susține faptul că demonstrarea unei manifestări obiective a angajării obligațiilor fiduciare este o condiție esențială pentru incidența acestora²⁸.

O abordare jurisprudențială canadiană privește relațiile fiduciare ca fiind construite din două elemente, respectiv asumarea îndeplinirii unui act sau a unui fapt în interesul altei persoane și exercitarea puterii altei persoane²⁹. Asumarea îndeplinirii unui act pentru altă persoană determină incidența automată a obligațiilor fiduciare, fiind expresia unei manifestări obiective, similară cu viziunea britanică expusă anterior. Această motivare se fundamentează pe încredințarea unei puteri discreționare, care conferă relației o natură fiduciară. Potrivit jurisprudenței canadiene, titularul obligațiilor fiduciare are o putere discreționară, în sensul că are autoritatea de a decide modalitatea în care va avansa interesele superioare ale beneficiarului, iar nu o simplă autoritate de a decide dacă acționează sau nu într-o manieră predefinită. Așadar, condiția încredințării puterii este privită ca o autoritate de a lua decizii³⁰, iar teoria obligațiilor fiduciare este înțeleasă ca și teoria încredințării unei autorități discreționare, în urma căreia, titularul obligațiilor fiduciare își determină câmpul de aplicare a judecății de afaceri prin determinarea manierei de a acționa în limitele acelei autorități³¹.

²⁵ Edelman, J.: *When do fiduciary duties arise?*, University of Oxford Legal Research Paper Series nr. 65/2010, p. 24.

²⁶ Smith, L.: *Contract, Consent and Fiduciary Relationship*, în volumul Miller, P., Gold, A.: *Contracts, Status and Fiduciary Law*, Ed. Oxford University Press, Cambridge, 2016, p. 118.

²⁷ A se vedea Frankel, T., art. precitat supra 16, p. 795.

²⁸ A se vedea Edelman, J., art. precitat supra 25, p. 21.

²⁹ Cauza *Galambos v. Perez*, 3 SCR 247, nr. 32586, Curtea Supremă a Canadei, 2009.

³⁰ A se vedea Valsan, R. D., art. precitat supra 7, p. 23.

³¹ Miller, P. B.: *A theory of fiduciary liability*, McGill University Law Journal vol. 56/2011, p. 235.

Doctrina britanică se aproprie într-o anumită măsură de principiile fundamentale ale sistemului de drept civil, prin aprecierea iminenței obligațiilor fiduciare în condițiile asumării voluntare a mandatului expres sau implicit. Această teorie justifică modificarea și negocierea contractuală a obligațiilor fiduciare ale administratorilor, înlăturarea și limitarea acestora³². Absența unei diferențe dintre lege și echitate în dreptul modern a facilitat integrarea obligațiilor fiduciare în dreptul continental într-un sistem de asumare voluntară a acestora. Mai mult, dreptul civil permite încheierea de contracte gratuite, precum contractul de mandat. Astfel, nu doar că abordarea legală a obligațiilor fiduciare este posibilă în cadrul dreptului contractelor, dar este și dezirabilă pentru evitarea dublării principiilor de drept privat.

11. Deși în jurisdicțiile de drept civil jurisprudența obligațiilor fiduciare nu este la fel de bogată, relațiile fiduciare au o tradiție juridică. Caracterul lor implicit este justificat în doctrină de raționamente de ordin lingvistic, termenul „*fiduciary duties*”, care include obligația de diligență și prudență, obligația de loialitate (și conform unor opinii doctrinare și buna-credință și obligația de supunere) fiind tradus mai rar în jurisdicțiile de drept continental. În Franța spre exemplu, mandatarii datorează obligația de loialitate, adică *devoir de loyauté et de fidélité* și *devoir de diligence*, care se suprapune în mare parte echivalentului său anglo-saxon, *duty of care*, dar care este uneori explicitată detaliat ca fiind *devoir de diligence et conseil*. În Germania întâlnim de asemenea *Sorgfaltspflicht*, *Treuepflicht* și *Handeln im Treu und Glauben*, dar din nou, niciun termen generic care să cuprindă totalitatea obligațiilor fiduciare și să confirme statutul titularilor acestora și independența acestei categorii fundamental distincte de obligațiile contractuale ale părților contactului de mandat³³. Deși dreptul român nu menționează în nicio reglementare termenul de „obligații fiduciare”, acest termen a fost preluat de doctrină înainte de codificarea obligației de loialitate și a obligației de diligență și prudență în Legea societăților nr. 31/1990 în anul 2006 și anterior consacrării lor exprese în Codul Civil³⁴.

³² A se vedea Edelman, J., art. precitat supra 25, p. 3.

³³ A se vedea Gelter, M. et al., art. precitat supra 24, p. 4.

³⁴ Obligațiile fiduciare ale administratorilor societari au fost tratate pentru prima dată în dreptul român în Catană, R. N.: *Dreptul Societăților Comerciale, Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, p. 168, acest

Terminologia de *common law*, în special vocabularul motivărilor cauzelor, care reprezintă cel mai important izvor de drept din acest sistem, oglindește o abordare antropologică și psihologică, de o manieră care inspiră profesioniștii să aspire la un standard superior de moralitate și corectitudine, spre deosebire de limbajul condensat și restrâns al Codurilor Civile din jurisdicțiile europene, care nu sunt la fel de încărcate de valori și idealuri³⁵.

În afară de traducerea termenului generic în limbile europene, al cărui conținutul era deja familiar dreptului privat din jurisdicțiile continentale, există anumiți termeni care nu au corespondent în limbile continentale sau nu pot fi traduși în mod fidel. După cum vom ilustra în capitolele următoare, anumite aspecte ale obligațiilor fiduciare sunt reglementate în dreptul continental, altele au fost dezvoltate de jurisprudență, însă în numeroase codificări naționale lipsește semnificația puternică atribuită instituției în *common law*, și prin traducere, termenul se pierde ca o noțiune neînțeleasă în conținutul altei norme imperative³⁶. Apreciem că traducerea *duty of care* prin „obligația de diligență și prudență” nu reflectă forța expresiei pe care a avut-o în vedere jurisprudența de *common law*, însă prin intersecția cu obligațiile mandatarului, în prezent, noțiunea reflectă întocmai esența acestei obligații fiduciare. Un alt exemplu ar fi *duty of candor*, element al obligației fiduciare de loialitate, care a fost tradus în prezenta lucrare prin „obligația de sinceritate”, nu reflectă natura onestității și candorii care este inerentă acestei îndatoriri și care fundamentează de altfel obligația de loialitate. Sistemul de drept civil nu are tradiția utilizării unor standarde de evaluare a conduitei fiduciare, astfel încât noțiunea de „*fairness*” a fost tradusă în prezenta lucrare prin termenul apropiat „corectitudine și echitate”³⁷. Menționăm și noțiunea de „*self-dealing*”

termen fiind în prezent încetățenit în doctrina de dreptul societăților. A se vedea spre exemplu, Todică, C.: *Răspunderea juridică civilă a administratorului societății comerciale*, Ed. Universitară, București, 2012, p. 163.

³⁵ Graziadei, M.: *Virtue and Utility. Fiduciary Law in Civil Law and Common Law jurisdictions*, în vol. Gold, A., Miller, P.: *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Ed. Oxford University Press, Cambridge, 2015, p. 366.

³⁶ A se vedea Gelter, M. et al., art. precitat supra 24, p. 4.

³⁷ Noțiunea de „*fairness*” apare în cuprinsul lucrării sub traducerea de „corectitudine și echitate”, datorită caracterului complex al acestei noțiuni și a lipsei unui corespondent cu înțeles perfect identic în limba română. Pornind de la obligația fiduciară centrală, vom

transactions”, care denumește operațiunile încheiate de un mandatar în nume propriu cu societatea pe care o administrează și care a fost tradusă în dreptul francez „*conventions réglementées*”³⁸, adică „contractul cu sine însuși” din dreptul român, prevăzut în art. 1304 Cod Civil.

Prin unificarea dreptului privat român, România se numără printre jurisdicțiile de drept continental în care legiuitorul nu a mai separat în mod absolut dreptul civil de dreptul *comercial* (dreptul afacerilor)³⁹. În ciuda existenței instanțelor specializate pe litigii între profesioniști, această separație a fost privită de filosofia dreptului ca un obstacol în dezvoltarea teoriei obligațiilor fiduciare⁴⁰. Având în vedere faptul că majoritatea jurisdicțiilor de drept continental au reușit sau au posibilitatea reală să fundamenteze obligațiile fiduciare pe instituțiile preexistente din dreptul obligațiilor, motivația pentru crearea unui domeniu nou a fost scăzută, cu atât mai mult cu cât instituția bunei-credinței și noțiunile ca „moralitate” și „corectitudine” pot fi utilizate pentru sancționarea conflictelor de interese.

12. Deși principiile dreptului contractelor din *common law* și din sistemul de drept civil nu sunt fundamental diferite, izvoarele drepturilor contractuale diferă. Dreptul civil derivă drepturile și obligațiile părților din lege, normele legale fiind în principiu suficient de generale și de permissive, și reprezintă premisa analizei contractului, iar majoritatea clauzelor contractuale derivă din Codurile Civile și din legile aplicabile⁴¹. Codul Civil

analiza corectitudinea și echitatea ca expresie a obligației de loialitate. Doctrina a întâmpinat dificultăți în formularea unei teorii a corectitudinii și a echității, însă majoritar, privește acest standard ca fiind compus din elemente procedurale. Vom detalia în capitolul III abordarea doctrinară și jurisprudențială actuală a corectitudinii și a echității ca un mecanism de echilibrare a intereselor părților unui contract. A se vedea Mitchell, L. E.: *Fairness and Trust in Corporate Law*, Duke Law Journal vol. 43, nr. 3/1993, p. 426.

³⁸ A se vedea Gelter, M. et al., *art. precitat supra* 24, p. 4.

³⁹ În prezent, un grup de teoreticieni și specialiști ai dreptului afacerilor propun redactarea unui Cod Comercial și reintroducerea noțiunii de „comerciant” în dreptul român. La momentul redactării acestui volum, a fost aprobat, de principiu, cuprinsul unui Memorandum pentru adoptarea unui nou Cod Comercial, integrat în sistemul unității dreptului privat român, și necesitatea coordonării eforturilor pentru promovarea proiectului în Parlamentul României.

⁴⁰ A se vedea Graziadei, M. *op.cit. supra* 35, p. 294.

⁴¹ A se vedea Frankel, T., *art. precitat supra* 2, p. 408. În doctrina de *common law*, sistemele de drept civil sunt privite ca un ansamblu de reglementări exhaustive ale libertății contractuale

reprezintă în sistemul de drept civil standardul de evaluare a corectitudinii părților și conține principiile moralității și corectitudinii⁴². Așadar, sursa drepturilor contractuale determină diferențe majore între sistemele de drept expuse, care nu afectează doar conținutul obligațiilor fiduciare, ci și răspunsul legii față de autoritatea părților de a determina conținutul contractului încheiat. În vreme ce în *common law* libertatea contractuală a părților este mult mai extinsă în ceea ce privește stabilirea clauzelor și a drepturilor și obligațiilor părților, Codurile Civile determină în general natura contractului ales de părți, stabilind astfel și sancțiunile pe care le vor suporta părțile în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale. Spre deosebire de *common law*, jurisdicțiile din familia de drept francez deosebesc în mod clar între drepturile și sancțiunile izvorâte din contract și sancțiunile prevăzute de lege⁴³. Interpretarea obiectului contractului pentru determinarea voinței părților și a remediilor aplicabile, precum și evaluarea corectitudinii și moralității clauzelor contractuale sunt de esența dreptului civil de sorginte franceză și lipsește în tradiția de *common law*.

Deși principiul libertății contractuale este fundamental atât în *common law* cât și în sistemul de drept civil, apreciem că izvorul de drept al acestui principiu îi afectează manifestările. Drepturile contractuale și dreptul de proprietate izvorâte din lege și nu dintr-o înțelegere a părților vor putea fi adaptate de către părți pentru a corespunde intereselor lor și cerințelor pieței, iar instanțele le vor interpreta în baza valorilor morale ale societății, protejate de lege, și nu a convingerilor morale ale părților. Valorile protejate de normele scrise prevăzute de un Cod Civil reprezintă o regulă universal aplicabilă și uniformă, care, în ciuda flexibilității ei, prezintă un grad mai mare de previzibilitate decât jurisprudența, izvorul principal de drept din *common law*. Deși regulile fundamentale ale dreptului privat devin tot mai flexibile și mai permissive, acordând o valoare sporită libertății contractuale a părților, acestea vor trebui să respecte normele imperative, deoarece în sistemul de drept civil, precedentul judiciar nu reprezintă un izvor primar de drept.

și ale corectitudinii și echității clauzelor contractuale. A se vedea și Farnsworth, A.: *A common lawyer's view of his civilian colleagues*, Louisiana Law Review vol. 57, nr. 1/1996, p. 235.

⁴² Curran, V. G.: *Cultural Immersion, Difference and Categories in Comparative Law*, American Journal for Comparative Law vol. 43, nr. 81/1999, p. 82.

⁴³ A se vedea Frankel, T., art. precitat supra 2, p. 410.

2.2. Diferențele de abordare a obligațiilor fiduciare determinate de izvoarele de drept

13. În sistemul de drept civil, dreptul contractelor oferă auspiciile cele mai potrivite teoriei obligațiilor fiduciare, natura contractuală a relației fiduciare derivă din Codul Civil, care determină validitatea contractului, iar instanțele vor analiza moralitatea clauzelor contractuale, cu considerarea libertății contractuale a părților. În *common law*, care derivă teoria obligațiilor fiduciare din exercițiul dreptului de proprietate, instanțele vor interpreta clauzele contractuale și vor obliga părțile să respecte înțelegerea negociată. Încrederea reprezintă punctul central al relației fiduciare prin prisma dreptului continental, îmbrăcată în contractul de mandat, care îi conferă forță juridică. În *common law*, formularea încrederii va fi negociată de către părți. Având în vedere originile din dreptul roman ale celor două sisteme de drept, a principiilor fundamentale ale moralității și buneii-credințe, și a obiectivului comun de a crea obligații previzibile și juste pentru ambele părți, convergența instituțiilor moderne de drept societar din ambele sisteme nu reprezintă în viziunea noastră un ideal îndepărtat.

Valorile promovate, ramurile tradiționale ale sistemelor legale și principiile fundamentale ale dreptului privat sunt comune ambelor tradiții juridice⁴⁴. În ciuda unor incompatibilități funcționale pentru transpunerea fidelă a unor instituții între sisteme, apreciem că în prezent, majoritatea distincțiilor organice ale dreptului material sunt suficient de diluate încât să permită o armonizare, care este evident inițiată sau încurajată de instituțiile europene. Apreciam că similitudinile contrabalansează diferențele dintre cele două sisteme de drept, diferențe care sunt preponderent de natură procedurală, și care permit astfel adaptarea unei instituții sau împrumutarea unor elemente valoroase care pot îmbogăți o instituție de drept preexistentă.

14. Să luăm un exemplu apropiat realității contemporane. Dacă un producător german de autoturisme deține fabrici și puncte de lucru în California, el va decide să producă și să vândă autoturisme adaptate pieței din America de Nord, furnizate de fabrica din Sacramento, California. Deși

⁴⁴ Manusco, S.: *Beyond the difference between Common Law and Civil Law*, Annual Survey and Company Law Publications vol. 14, nr. 1/2008, p. 45.

directorul general al societății se află în Germania, iar obligațiile sale fiduciare și contractul său de administrare se supun legilor germane, obligația sa de diligență și prudență nu se poate limita la respectarea legilor aplicabile societății în Germania. Dacă autoturismele produse de fabrica din California încalcă normele de poluare prevăzute de SUA, societatea se va supune sancțiunilor prevăzute de statul California. Deși este puțin probabil ca răspunderea personală a directorului general să fie angajată pentru neîndeplinirea obligației sale de diligență și prudență prin încălcarea legii americane de către societate, situația se schimbă în cazul în care societatea germană are o subsidiară în SUA, cu propriul consiliu de administrație. Astfel, obligațiile fiduciare ale membrilor consiliului de administrație al societății-mamă din Germania vor fi diferite față de cele ale administratorilor americani, legea aplicabilă acestora fiind diferită, însă în fiecare stat, aceștia vor avea obligația determinării societății să respecte legea aplicabilă, atât cea națională, cât și cea străină. Problematika devine dificilă în momentul în care anumiți administratori, de obicei neexecutivi, vor fi membri ai ambelor consilii de administrație⁴⁵ și vor datora obligații fiduciare distincte în îndeplinirea pozițiilor lor, vor suporta consecințe diferite, iar deciziile lor în afaceri vor fi interpretate diferit în funcție de cultura juridică, de precedentele judiciare și de evoluția guvernantei corporative.

Am demonstrat că sistemul *common law* și dreptul continental sunt fundamentate pe aceleași principii morale și etice. Dacă guvernanta corporativă reușește să articuleze aceste principii fără a rămâne ancorată în izvoarele lor, toți participanții vor beneficia de evoluția dreptului transnațional. Vom aborda în lucrarea actuală instituții de *common law*, care nu sunt doar perfect adaptabile în sistemul de drept civil, dar sunt și în măsură să îmbogățească și să susțină evoluția guvernantei corporative din dreptul continental, prin decenii de practică judiciară și evoluție a instituțiilor de drept societar⁴⁶.

⁴⁵ Deloitte Comparative Study: Governance of Subsidiaries: A survey of global companies, 2013, p. 14. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/in/Documents/risk/Corporate%20Governance/in-gc-governance-of-subsidiaries-a-survey-of-global-companies-noexp.pdf> [accesat la data de 17.04.2018].

⁴⁶ Japonia este un model de succes, adaptând încă din anul 1950 obligația de loialitate din statul Delaware, prin includerea acesteia în conținutul obligației de diligență și prudență, care avea o tradiție încetățenită în dreptul civil și prevedea deja anumite elemente ale

Prezenta lucrare va demonstra o atitudine deschisă pentru adoptarea și adaptarea instituțiilor de guvernare corporativă din *common law*, cu precădere din statul Delaware, jurisdicția de referință pentru litigiile de dreptul societăților din întreaga lume, și din Marea Britanie, jurisdicția europeană care servește ca o punte pentru importul și adaptarea guvernării corporative de *common law* în dreptul continental.

Tendința modernă este convergența și flexibilizarea instituțiilor. În vreme ce precedentul judiciar a început să capete importanță tot mai mare în jurisdicțiile de drept civil, instanțele de *common law* au început să aibă în vedere tot mai des reglementările scrise și prevederile codurilor, adesea norme de *soft law*⁴⁷. În jurisdicțiile de *common law* din Europa, tendința legiuitorului spre codificarea regulilor jurisprudențiale este vizibilă, nu doar datorită armonizării, ci și a caracterului impredictibil al jurisprudenței ca izvor de drept⁴⁸.

Distincția care există în tradiția de *common law*, între instanțele în echitate și instanțele de drept comun, a susținut dezvoltarea teoriei obligațiilor fiduciare ca o ramură de drept distinctă, care se fundamentează pe noțiunile de moralitate, loialitate și conștiință. Deși în jurisdicțiile de drept civil acest domeniu nu a dobândit contururile unei ramuri distincte, natura fiduciară a obligațiilor fundamentale din *common law* poate fi regăsită în

loialității din guvernarea corporativă modernă. După modelul japonez, Coreea de Sud și Taiwan au importat de asemenea obligațiile fiduciare din *common law*, păstrându-le însă în individualitatea lor.

⁴⁷ Globalizarea puternică a extins rolul actorilor nonguvernamentali în modelarea guvernării corporative globale sau în anticiparea normelor legale. Datorită dimensiunilor transnaționale ale conduitei titularilor obligațiilor fiduciare din mediul corporativ, instrumentele de *soft law* au reușit să influențeze și alte jurisdicții decât acelea în care au fost propuse și tind să aibă nu doar un rol de control al conduitei fiduciare, ci servesc uneori și ca fundament al codificării în jurisdicții diferite. Având în vedere că în guvernarea corporativă actuală, regulile de *soft law* tind să dobândească un rol alternativ al reglementărilor legale, dar și datorită eficienței dovedite a unor principii generale și a unor coduri de guvernare corporativă, vom utiliza ca reper câteva dintre acestea, printre care Principiile propuse de *American Law Institute, Model Business Corporation Act* (MBCA) propus de Comisia de Drept Societar din cadrul Secțiunii de Dreptul Afacerilor al Uniunii Naționale a Barourilor din SUA, principiile UNIDROIT, recomandările OECD, etc.

⁴⁸ A se vedea Frankel, T., *art. precitat supra* 2, p. 425. Spre exemplu, noile reguli de procedură civilă adoptate de Marea Britanie sunt interpretate ca fiind puternic influențate de dreptul civil de sorginte franceză, a se vedea Manusco, S., *art. precitat supra* 44, p. 44.

diferite instituții de drept privat. Reglementările europene referitoare la obligațiile fiduciare reprezintă „un mozaic peticit, iar nu o frescă ușor interpretabilă”⁴⁹, însă eforturile doctrinei și ale codurilor de guvernare corporativă în progresul obligațiilor fiduciare din guvernarea corporativă nu sunt deloc neglijabile. Apreciem că presiunea legiuitorului european pentru armonizarea legislațiilor naționale ale statelor membre referitoare la serviciile financiare și la dreptul societăților a fost o oportunitate de confruntare a tradițiilor de drept continental și de *common law*, în contextul actual al diverselor conflicte de interese la nivel înalt în societățile multinaționale de pe piața europeană.

Considerăm că importurile legislative nu ar trebui privite de doctrină și de legiuitori ca exemple de succes sau eșecuri ale modernizării dreptului, deoarece transpunerile perfecte într-un sistem de drept de tradiție nu sunt posibile și nici dezirabile, iar importul unei reguli sau a unei instituții nu exprimă fezabilitatea importului unui întreg sistem. Apreciem oportuna observarea eficienței și a efectivității unor instituții sau reguli construite de sisteme care au o jurisprudență bogată și care au explorat pe o perioadă mai lungă anumite instituții care se impun în realitățile economice și a căror abordare este solicitată astfel legiuitorului sau instanțelor.

Una dintre diferențele dintre sistemul de drept civil și sistemul *common law* care va crea cele mai mari dificultăți de armonizare sau de convergență este lipsa unei delimitări ferme și precise între standardele de conduită și standardele de evaluare în dreptul civil de sorginte franceză. În *common law*, în special în literatura juridică din sistemul american și canadian, standardele de conduită sunt analizate comprehensiv, obligațiile fiduciare fiind dezbătute de mai bine de un secol, iar sistemul judiciar reflectă o structură a analizei *ex post* și a jurisprudenței astfel create. În sistemul de drept civil însă, instanțele tratează încălcarea obligațiilor fiduciare în baza interpretării aplicate a normei legale și calibrarea voinței părților, iar această aplicare a codificării *ex ante* ca pe un standard de evaluare conduce la soluții inechitabile și uneori injuste.

Vom prezenta în continuare diferențele dintre cele două tipuri de standarde și importanța diferențierii lor, urmând ca în capitolele II-IV să fie

⁴⁹ A se vedea Gelter, M. et al., *art. precitat supra* 24, p. 33.

prezentate exhaustiv standardele de conduită (obligațiile fiduciare), iar în capitolul V să elaborăm standardele de evaluare. Având în vedere absența *de facto* a unor veritabile standarde de evaluare în dreptul societar din sistemul de drept civil, apreciem cu atât mai valoroasă o deschidere a legiuitorilor și a instanțelor de absorbire a unor reguli care și-au dovedit relevanța și eficiența în jurisdicțiile de tradiție.

3. Evoluția noțiunii de corectitudine și echitate în guvernanța corporativă

15. Începuturile răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare sunt legate de practica judiciară a instanțelor din New York și Delaware, care au creat de altfel și practica judiciară de referință a elementelor acestei răspunderi și a conceptului de corectitudine și echitate, *test of fairness*. Încă din prima parte a secolului XX, doctrina și jurisprudența de *common law* au determinat un proces de amplă codificare în domeniul protecției societăților, a acționarilor și a terților, împotriva abuzurilor săvârșite de către administratorii sociali.

Doctrina de *common law* prevedea deja în acea perioadă trei atribute esențiale indispensabile administratorului unei societăți, acesta trebuia să fie diligent, ascultător și loial față de toți cei cărora le datorează acest comportament⁵⁰. În același context, s-a conturat exigența abordării moderne a obligației de loialitate, în condițiile în care un administrator are un interes în încheierea unei operațiuni și se află în conflict de interese cu societatea.

În urma primelor soluții pronunțate în litigiile care aveau ca obiect conflictul de interese în care se află un administrator, doctrina americană a acordat un interes deosebit comportamentului de care acesta ar trebui să dea dovadă într-un astfel de moment și criteriile după care s-ar aprecia vinovăția sau lipsa de diligență a deciziei luate în momentul evaluării ei *ex post* de către o instanță. În acest context, jurisprudența de drept societar de la începutul secolului XIX a dezvoltat conceptele de *duty of care* și *duty of loyalty*, care s-au dovedit a fi mult mai sensibile și mai imprevizibile decât obligațiile legale, a căror încălcare este evaluată prin proceduri încetățenite

⁵⁰ Homer, L. B.: *The Status of the Fairness Test under Section 713 of the New York Business Corporation Law*, Columbia Law Review vol. 76, nr. 7/1976, p. 1165.

de angajare a răspunderii unui administrator, în temeiul unei culpe dovedite sau prezumate, înțeleasă în mod similar cu conceptul de vinovăție din dreptul obligațiilor.

La mijlocul secolului XIX, jurisprudența majoritară sancționa conflictele de interese cu nulitatea relativă a contractului încheiat între o societate și administratorul acesteia. Nulitatea relativă putea fi dispusă la cererea societății în cauză⁵¹, motivarea fiind de cele mai multe ori de ordin moral și preventiv, pentru evitarea conflictelor viitoare „între interesul propriu și integritate”⁵². De sorginte britanică, sancțiunea nulității relative pentru încălcarea încrederii specifice contractului de administrare⁵³ a fost preluată de ramura comercială a dreptului privat din Delaware în a doua jumătate a secolului XIX, pentru evaluarea mandatului și a *trust*-ului, la presiunile doctrinare. Doctrina a făcut presiuni în sensul încurajării societăților de a-și exercita dreptul de „a anula operațiunile de acest fel, indiferent de cât de corecte și de deschise ar părea acestea la prima vedere”⁵⁴. Cele mai ferme și mai rigide decizii au fost cele pronunțate de instanțele din New York, care nu permiteau salvagardarea actului încheiat de administratorul aflat în conflict de interese nici în situația aprobării prealabile de către o majoritate de administratori independenți și neinteresați⁵⁵. Spre sfârșitul secolului XIX, majoritatea instanțelor refuzau însă să anuleze operațiunile încheiate între societate și administratori, dacă o majoritate a consiliului de administrație aproba încheierea afacerii prin vot, dacă operațiunea era corectă, deschisă și nu se constata niciun indiciu de existență a elementelor frauduloase.

⁵¹ Elliott, C. B.: *A Treatise on the Law of Private Corporations*, Ed. The Banks Law Publisher, Boston, 1900, p. 505.

⁵² Cauza *Twin-Lick Oil Co. v. Marbury*, 91 U.S. 587, 589, Curtea Supremă SUA, 1875; cauza *Munson v. Syracuse*, 8 N.E. 355 R.R., Curtea Supremă din New York, 1886; cauza *Michoud v. Girod*, 45 US. (4 How.) 502, Curtea Supremă SUA, 1846.

⁵³ Cauza de referință este *Aberdeen Ry. v. Blaikie Bros*, judecată de Camera Lorzilor în anul 1854, care a formulat regula potrivit căreia, dacă un administrator este interesat într-o afacere a societății, acea tranzacție este lovită de nulitate relativă care poate fi pronunțată „la dorința societății”, deoarece administratorii au obligația de a evita conflictele de interese.

⁵⁴ Henn, H.: *Law of Corporations*, Ed. St. Paul Minnesota West Pub. Co., 1970, p. 238 și Lattin, N.: *The Law of Corporations*, ediția a 2-a, Ed. Mineola N.Y. Foundation Press, 1971, p. 80.

⁵⁵ Melnick, T.: *Interested Director's Contracts – Section 713 of the New York Business Corporation Law and the Fairness Test*, Fordham Law Review nr. 41/1973, p. 640.

Rigiditatea evaluării conflictelor de interese a dominat jurisprudența de *common law* până la finalul secolului XIX, orice interes al administratorul sau dubla reprezentare declanșau prezumția absolută a caracterului fraudulos al operațiunii⁵⁶. Având în vedere reafirmarea acestui principiu în diferite cauze, instanțele analizau rareori și în mod superficial fondul cauzei, dat fiind că simpla constatare a acestor elemente determină caracterul fraudulos⁵⁷.

16. Debutul secolului XX aduce o schimbare majoră în jurisprudența de *common law*, interpretarea majoritară a contractelor încheiate între o societate și un administrator fiind supusă unei evaluări judiciare foarte detaliate și profunde, deoarece interpretarea instanțelor era în sensul în care „aceste operațiuni nu sunt neapărat anulabile, ci impun o cercetare mai amănunțită, nefiind mereu construite în mod fraudulos”⁵⁸. Odată cu dezvoltarea piețelor de afaceri care a determinat și o evoluție accelerată a instituțiilor de guvernare corporativă, modelarea abordării judiciare a relației fiduciare a fost inevitabilă, deoarece instanțele au înțeles că promovarea interesului superior al societății poate fi uneori susținută prin încheierea unor afaceri cu mandatarii acesteia⁵⁹.

Astfel, rolul bunei-credințe a devenit central în jurisprudența de dreptul societăților, instanțele prezumând că toate actele efectuate de către un administrator în reprezentarea societății și cu bună-credință sunt valabile și obligatorii, nu doar pentru societate, ci pentru fiecare dintre acționari⁶⁰.

⁵⁶ Cauza *Saint James Church v. Church of the Redeemer*, 45 Barb. 356, Pr. 381, Curtea Supremă din New York, 1865.

⁵⁷ În cauza *Munson v. Synacuse*, *supra* 52, Curtea Supremă din New York a refuzat să analizeze caracterul operațiunii și efectele economice pentru părți, în cazul vânzării unui imobil deținut de către un acționar și administrator către societate, reținând că „până și cea mai atentă cercetare poate omite adevăratele motive ale încheierii operațiunii între administratorul persoană fizică și administratorul în calitate de mandatar al societății”.

⁵⁸ Cauza *Davis v. United States Elec. Power & Light Co.*, 77 Md. 35, 41, 25 A. 982, Curtea Supremă SUA, 1893; Cauza *Hill v. Gould*, 129 Mo. 106, 112, 30 S.W. 181, Curtea Supremă SUA, 1895, Cauza *McGourkey v. Toledo & O. Cent. Ry.*, 146 U.S. Curtea Supremă SUA, 1892.

⁵⁹ A se vedea Lattin, N., *op.cit. supra* 54, p. 290, „un aspect practic al guvernării corporative este faptul că asemenea operațiuni sunt frecvente și adesea în avantajul societății. Lumea afacerilor a avut o surpriză, anume că în cea mai mare parte, administratorii nu sunt înclinați spre acte săvârșite pe ascuns, fără scrupule sau incorecte”.

⁶⁰ A se vedea Melnick, T., *art. precitat supra* 55, p. 643.

Tendința de prezumare a conduitei corespunzătoare a administratorilor și a verificării buneii-credințe a fost îmbrățișată de majoritatea instanțelor de *common law*, Instanța Supremă a Statelor Unite afirmând că „prezumția buneii-credințe, iar nu interesele individuale, reprezintă fundamentul evaluării conduitei în guvernanța corporativă modernă, în mod contrar, conducerea unei afaceri în această lume complexă ar fi practic imposibilă”⁶¹.

Prin analiza buneii-credințe a mandatarilor sociali, începutul secolului XX a marcat debutul verificării jurisprudențiale a existenței unui echilibru între interesul social și interesul individual. În cauza *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co*⁶², cea de-a doua societate furniza curent electric pentru morile societății Globe, iar directorul general al reclamantei era membru în consiliul de administrație al ambelor societăți. Noutatea acestei cauze a fost faptul că instanța a acordat atenție deosebită corectitudinii și echității, analizând poziția și interesele părților, evoluând de la abordarea anterioară de anulare *ipso facto* a operațiunii susceptibilă de fraudă.

17. În urma acestei schimbări radicale în jurisprudența americană, prima jumătate a secolului XX a fost imprevizibilă pentru litigiile ce aveau ca obiect operațiuni în conflict de interese, până în anul 1942, când o instanță a respins cererea de anulare a unui contract încheiat între două societăți care aveau un administrator comun, fără a verifica corectitudinea și echitatea conținutului contractului⁶³. Această motivare are o importanță deosebită pentru evoluția jurisprudenței, deoarece reprezintă debutul verificărilor îndeplinirii obligațiilor fiduciare de către administratori și a realizării unei examinări atente și exhaustive a beneficiilor concret obținute din operațiunea în cauză. Mijlocul secolului XX a marcat tranziția silențioasă a jurisprudenței de la principiile nulității relative a oricărei operațiuni încheiate în conflict de interese la efectuarea obligatorie a unei comparații a beneficiilor obținute de părți.

⁶¹ Cauza *Genesee Valley & Wyo. Ry. v. Retsof Mining Co.*, 15 Misc. 187, 36 N.Y.S. 896, Curtea Supremă SUA, 1895.

⁶² Cauza *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*, 224 N.Y. 483, N.E., Curtea Supremă din New York, 1918.

⁶³ Cauza *Everett v. Phillips*, 288 N.Y. 227, 43 N.E.2d 18, Curtea de Apel New York, 1942.

Menționăm totuși că deschiderea jurisprudenței pentru noile tendințe de business și flexibilitatea instanțelor din Delaware⁶⁴ și New York, unde își aveau sediul încă de atunci majoritatea întreprinderilor mari, nu a avut același succes în toate statele⁶⁵. Flexibilitatea jurisprudenței și evoluția interpretării interesului superior al societății au fost îmbrățișate și de California, unde exista de asemenea un avânt al piețelor și tranzacțiilor financiare, iar interpretarea angajării răspunderii administratorilor a evoluat în mai puțin de un secol la o interpretare mai deschisă și flexibilă. Instanțele din California au avut încă de la început o atitudine mai permisivă, condiționând constatarea nulității de dovedirea conflictului de interese al persoanei care acționează în dublă calitate de lipsa aprobării contractului de către un consiliu de administrație neinteresat. Reclamantul trebuia să facă proba concretă a lipsei corectitudinii, a lipsei responsabilității sau a fraudei ori lipsa cvorumului votului consiliului de administrație⁶⁶.

18. Legea societăților statului New York este primul act normativ care pune în discuție ceea ce doctrina de la secolului XX numește *test of fairness* sau proba corectitudinii și a echității, reflectând tendința guvernantei corporative moderne de a evalua decizia de afaceri în context, prin considerarea elementelor obiective și subiective și prin eliminarea unor prezumții în defavoarea administratorilor societari. Vom detalia prevederile și efectele acestei reglementări pentru a demonstra pe parcursul capitolelor următoare nu doar caracterul actual al acestei reglementări, dar și simetria formulărilor legale și a condițiilor utilizate de jurisprudența contemporană și codificate de un număr ridicat de jurisdicții de drept continental.

În esență, secțiunea 713 (a) a Legii Corporațiilor din New York prevedea în prima jumătate a sec. XX faptul că, un contract sau o înțelegere, în care o parte este un administrator interesat, nu va fi lovită în mod automat

⁶⁴ Instanțele din Delaware sunt recunoscute la nivel internațional ca fiind cel mai proeminent forum pentru soluționarea litigiilor având ca obiect chestiuni interne ale corporațiilor care desfășoară o mare parte dintre afacerile la nivel global. Eficiența acestor instanțe, caracterul predictibil al soluțiilor, încrederea profesioniștilor în soluțiile pronunțate, precum și expunerea continuă la litigii și probleme de dreptul societăților, este unică în lume.

⁶⁵ A se vedea Melnick, T., *art. precitat supra* 55, p. 646.

⁶⁶ Secțiunea 713 din *New York Business Corporation Act* reprezintă principalul model de influență a dreptului corporativ din *common law*, iar începând cu anul 1890 a fost preluat de majoritatea statelor din SUA.

de nulitate, dacă se poate constata îndeplinirea uneia dintre următoarele condiții⁶⁷. Primul scenariu prevedea informarea consiliului de administrație despre dubla calitate sau despre interesul financiar în afacere și aprobarea operațiunii cu un număr suficient de voturi, fără a lua în calcul votul administratorului interesat. A doua condiție stabilită în mod alternativ era informarea acționarilor despre dubla calitate sau despre interesul financiar în afacere, cumulativ cu aprobarea tranzacției prin votul acționarilor. A treia condiție alternativă prevedea caracterul corect și echitabil al tranzacției supusă votului acționarilor.

Deși doctrina a criticat formularea inexactă și neclară a textului normativ, valoarea acestei prime codificări a testului corectitudinii și al echității nu poate fi pusă la îndoială. Apreciem că această codificare a fost determinantă pentru guvernanta corporativă actuală, mai ales având în vedere emergența standardelor de evaluare în urma aplicării acestui test și evoluția jurisprudențială care a urmat acestui moment-cheie, care s-a suprapus cu dezvoltarea piețelor financiare, a relațiilor inter-societare și a modelului de guvernanta corporativă cunoscut astăzi. Următoarea provocare a jurisprudenței a fost plasarea sarcinii probei. În aplicarea testului corectitudinii și al echității, jurisprudența a urmărit tendința ca sarcina probei să revină celui interesat, respectiv a administratorului care urmărește menținerea validității operațiunii încheiate⁶⁸.

Ceea de-a doua parte a textului legal prevedea în varianta inițială cvorumul cu privire la votul consiliului de administrație pentru aprobarea operațiunii în conflict de interese. Această reglementare a clarificat dilema jurisprudențială de includere sau excludere a administratorului interesat de la votul de aprobare a acestei tranzacții, recomandând abținerea acestuia de la vot. În fine, prin introducerea ultimei părți a secțiunii 713 a Legii Corporațiilor statului New York, s-a permis stabilirea de către consiliul de administrație a remunerațiilor administratorilor. Anterior acestei reglementări, legea prezuma că, în lipsa unei înțelegeri contrare, administratorul acționa în calitate de

⁶⁷ A se vedea Melnick, T., *art. precitat supra* 55, p. 647.

⁶⁸ Cauza *Geddes v. Anaconda Copper Mining Co.*, 254 U.S. 590, Curtea Supremă SUA, 1921.

fiduciar⁶⁹ și presta astfel aceste servicii în mod gratuit pentru societate, iar compensațiile erau acordate în mod excepțional, în situațiile în care fiduciarii prestau servicii care depășeau funcțiile prevăzute de obligațiile lor obișnuite⁷⁰. Introducerea acestei prevederi legale a fost criticată de majoritatea autorilor, fiind considerată o flexibilizare excesivă a obligațiilor fiduciare ale administratorilor societari, fiind un „exemplu șocant ori al unei formulări legale defectuoase, ori al desconsiderării brutale a drepturilor acționarilor, din ale căror buzunare se vor scurge acești bani”⁷¹. Totuși, această abordare a devenit regula în materie prin adoptarea reglementărilor asemănătoare în alte 13 state și prin adoptarea *Model Business Corporation Act* din anul 1966⁷².

Observăm așadar o dezvoltare lentă, dar constantă și fermă a abordării flexibile și deschise a puterilor și încrederii conferite administratorilor, care culminează în a doua parte a secolului XX cu reglementarea expresă a drepturilor acestora de a stabili sau de a propune în fața consiliului de administrație remunerația pe care o consideră adecvată pentru munca pe care o depun. Realitatea pieței de afaceri și practica judiciară au dovedit faptul că administratorii, având acces direct și informații directe despre datele financiare ale piețelor financiare, își vor putea propune remunerația proporțional cu munca depusă, cu posibilitățile societății și cu rezultatele pe care le urmăresc și justifică remunerația propusă.

În anul 1965, legiuitorul a propus o modificare menită să soluționeze dificultățile întâmpinate în aplicarea textului legal, înlocuind în întreaga secțiune termenul de „aprobare de către adunarea acționarilor” cu termenul de „autorizare” în toate situațiile în care norma se referea la „aprobarea”

⁶⁹ Raționamentul acestei prezumții era acela că, majoritatea administratorilor erau și acționari, astfel încât remunerația lor era deja „inclusă” în dividendele primite.

⁷⁰ A se vedea Melnick, T., *art. precitat supra* 55, p. 561.

⁷¹ Kessler, B.: *The New York Business Corporation Law*, St. John's Law Review vol. 36, nr. 1/1961, p. 76.

⁷² *Model Business Corporation Act* (MBCA) reprezintă un set de norme standard redactat de Comisia de Drept Societar al Secțiunii de Drept Comercial al Uniunii Naționale a Barourilor din Statele Unite. Deși nu are forță juridică obligatorie, modelul este preluat și urmat de 24 de state din SUA.

unei decizii luate de administrator, a cărei validitate era condiționată de confirmarea deciziei de către acționari. Această reglementare are o semnificație dublă. În primul rând, apreciem că termenul de *autorizare* relevă în mod clar puterea vastă de decizie acordată administratorilor începând cu anii 1970 și libertatea lor de acțiune, de orientare și de judecată de afaceri, rolul acționarilor fiind acela de a permite, de a autoriza, respectiv strict de a verifica în mod obiectiv o decizie de afaceri a cărei strategie a fost construită de un mandatar profesionist.

În al doilea rând, noua reglementare a lămurit aspectul referitor la momentul în care se evaluează corectitudinea sau oportunitatea operațiunii, respectiv autorizarea acesteia de către organul prevăzut în actul constitutiv: consiliul de administrație, consiliul de supraveghere sau adunarea acționarilor. În această concepție, riscul este asumat în mod expres de către societate, care își însușește contractul încheiat și totodată riscul lipsei corectitudinii și a echității.

Observăm că anii '70-80 ai secolului XX reprezintă debutul interpretărilor doctrinare și jurisprudențiale ale elementelor de detaliu și de finețe ale deciziilor de afaceri și ale conduitei administratorilor, ale elementelor obiective și subiective. Spre exemplu, s-a pus întrebarea, care a rămas actuală, dacă este relevant criteriul evaluării naturii interesului pentru evaluarea corectitudinii și a echității administratorului, sau dimpotrivă, lacunele legislative permit lipsa aducerii la cunoștința acționarilor a operațiunii în conflict de interese și aplicarea testului corectitudinii și al echității. Interpretarea actuală este aceea potrivit căreia, în exercitarea obligației fiduciare de loialitate, administratorii sunt obligați să aducă la cunoștința consiliului de administrație și/sau a acționarilor orice operațiune în care ar putea avea un interes personal sau financiar. Corectitudinea și echitatea a devenit principiul fundamental al guvernanței corporative, iar obligațiile fiduciare ale administratorilor vor trebui să prevaleze intereselor personale. Așadar, limitarea conflictelor de interese la un simplu interes financiar al administratorului a pierdut din importanță în realitățile pieței de afaceri moderne, fiind dificil de măsurat și incompatibil cu caracterul integru și corect promovat de guvernanța corporativă modernă. În plus,

ambiguitatea terminologiei caracterului substanțial al conflictului de interese s-a dovedit a fi de asemenea nefericită, și a demonstrat necesitatea creării unor teste obiective pentru a stabili dacă interesul personal a afectat judecata administratorului în momentul luării deciziei în numele societății. În paralel, în evaluarea corectitudinii și a echității operațiunii, buna-credință s-a dovedit a fi dificil de cuantificat în practică⁷³.

4. Începuturile evaluării conduitei fiduciare – testul corectitudinii și al echității

19. Prima încercare de codificare a formulărilor jurisprudențiale referitoare la operațiunile încheiate între un administrator interesat și societatea administrată a fost salutăată de piețele financiare, deoarece îmbina realitățile lumii de afaceri cu protecția împotriva atitudinilor abuzive ale administratorilor⁷⁴. Emergența testului corectitudinii și al echității a avut succes datorită faptului că noțiunea de *fairness* reprezintă un concept suficient de vast pentru a proteja atât societatea, cât și acționarii, argumentul principal fiind acela că, o analiză atentă a unei instanțe, poate apăra societatea în cazurile în care administratorul omite să își dezvăluie adevăratul interes⁷⁵.

Încă de la începuturile aplicării acestui test, s-a observat dificultatea pentru instanțe de a determina dacă o operațiune încheiată este corectă și rezonabilă, în condițiile în care aceasta a fost autorizată de organele sociale competente. Doctrina a respins inițial acest test, iar instanțele au fost sceptice

⁷³ Secțiunea 717 coroborată cu secțiunea 713 *New York Business Corporation Law* prevedea în sarcina administratorilor exercitarea atribuțiilor cu bună-credință și cu gradul de diligență, grijă și cunoștințe solicitate oricărei persoane prudente în aceeași poziție și în circumstanțe similare.

⁷⁴ În ceea ce privește operațiunile financiare și relațiile de afaceri, avantajele acordării unor libertăți administratorilor, spre exemplu de a încheia afaceri cu alte societăți în care ocupă poziții de management, au fost subliniate în doctrină în repetate rânduri. A se vedea Ballantine, H. W.: *Problems in Drafting a Modern Corporation Law*, American Bar Association Journal nr. 17/1931, p. 182 și Horstein, G.: *Corporation Law and Practice*, Minnesota Practice Series vol. 18/1959, p. 542.

⁷⁵ A se vedea Ballantine, H. W., art. precitat supra 74, pp.182-183. Pentru evaluarea operațiunilor încheiate de administratori cu o societate în care dețineau o poziție de management, instanțele analizau interesele administratorilor în fiecare societate.

în aplicarea unei probe pentru care nu există un model, o listă exhaustivă a condițiilor, și care presupune analizarea unor elemente incalculabile, de o diversitate covârșitoare și cu mai multe interfețe și interpretări⁷⁶.

Având în vedere dificultatea întâlnită de instanțe în aprecierea corectitudinii, dezvoltarea conceptului de prezumție de nevinovăție în favoarea administratorului interesat, în lipsa unui element de „comportament flagrant”⁷⁷ echivalent fraudei, a câștigat tot mai mult teren în jurisprudență. În plus, datorită naturii amorfe a conceptului de corectitudine și echitate, jurisprudența a dezvoltat diferite standarde de aplicare ale acestui concept în diverse circumscripții de *common law*, pe care le vom descrie în mod exhaustiv în capitolul V.

În evoluția instituțiilor guvernantei corporative moderne, cu contururile cunoscute astăzi, jurisprudența de *common law* a alternat abordările subiective și obiective în aplicarea testului corectitudinii și al echității. Utilitatea primară a acestui test rezidă în faptul că aplicarea lui profită acționarilor minoritari, deoarece aceștia pot demonstra lipsa corectitudinii și a echității cu care a acționat administratorul prin revelarea unui simplu fapt „care putea conduce la lipsa totală a corectitudinii”⁷⁸. În urma analizei comparative a evoluției conceptului de corectitudine și echitate și a aprecierii diferențiate a răspunderii administratorilor în diferitele circumscripții de *common law*, putem observa că, până la finele secolului XX, un administrator nu își putea forma o convingere clară în sensul asumării sau nu a riscului de a încheia în nume propriu o afacere cu societatea. Însă tocmai aplicarea neunitară a testului corectitudinii și al echității motivează dubiul și relevă existența unei șanse de reușită, a unei posibilități de exonerare. Cu cât beneficiul personal era mai consistent, cu atât mai tentantă era asumarea riscurilor, însă testul corectitudinii și al echității s-a dovedit a nu fi un inhibitor eficient pentru încheierea tranzacțiilor abuzive, ci mai degrabă un stimulent⁷⁹.

⁷⁶ Cauza *Heller v. Boylan*, 29 N.Y.S.2d 653, Curtea Supremă din New York, 1941.

⁷⁷ Hetherington, J.: *Trends in legislation for closed corporations: Comparison of the Wisconsin Business Corporation Law of 1951 and the New York Business Corporation Law of 1961*, Wisconsin Law Review vol. 92/1963, p.151.

⁷⁸ Cauza *Brundage v. New Jersey Zinc Co.*, 48 N.J. 450, A.2d, Curtea Supremă din New York, 1967, pct. 585.

⁷⁹ A se vedea Melnick, T., art. precitat supra 55, p. 664.

Din aceste considerente s-a apreciat că, în realitatea actuală a mediului de afaceri, nu mai este suficient ca un judecător să analizeze exclusiv corectitudinea unei operațiuni, ci trebuie a se lua în calcul și dacă afacerea respectivă ar fi reprezentat cea mai bună opțiune pentru societate într-o situație de reprezentare imparțială. Pe cale de consecință, importanța diferențierii dintre standardele de conduită și standardele de evaluare a conduitei administratorilor nu a mai putut fi ignorată de jurisprudența de la sfârșitul secolului XX.

5. Diferențierea între standardele de conduită și standardele de evaluare

20. Vom trata în detaliu standardele de conduită în capitolele II-IV destinate obligațiilor fiduciare, urmând să dedicăm capitolul V standardelor de evaluare. În această secțiune însă, vom analiza succint diferențele dintre standardele de conduită și standardele de evaluare relevante în dreptul societar și modalitățile în care acestea sunt aplicate în diferite contexte din guvernanta corporativă. Analiza diferențelor dintre aceasta pe parcursul istoric va oferi o imagine de ansamblu a evoluției guvernantei corporative actuale și va facilita înțelegerea contextuală a angajării răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligațiilor fiduciare.

Un *standard de conduită* se referă la modalitatea în care o persoană ar trebui să se comporte având în vedere rolul ei sau activitatea pe care o desfășoară, iar un *standard de evaluare* reprezintă testul pe care îl aplică instanțele atunci când analizează conduita persoanei în cauză pentru a determina dacă se impune angajarea răspunderii sau acordarea unei protecții legale. Standardele de conduită sunt asimilate regulilor de conduită, iar standardele de evaluare regulilor de analiză a deciziilor, adresate instanțelor⁸⁰.

În majoritatea ramurilor de drept, aceste două tipuri de standarde sunt îmbinate, spre exemplu standardul de conduită care guvernează conducerea prudentă de către conducătorii auto, adică o atenție obișnuită,

⁸⁰ Allen, W. R., Jacobs, J. B., Strine, L. E.: *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy : a Critique of Van Gorkom and Its Progeny as a Standard of Review Problem*, Northwestern University Law Review vol. 96, nr. 2/2002, p. 451.

are același obiect ca și standardul de evaluare utilizat în cazul unei acțiuni în răspunderea conducătorului, respectiv se va analiza dacă șoferul a fost prudent. În mod similar, standardul de conduită aplicabil mandatarului care se angajează într-o afacere în numele și pe seama mandantului este conduita corectă și echitabilă, iar standardul de evaluare reprezintă verificarea corectitudinii acțiunilor mandatarului⁸¹.

Diferențierea dintre standardele de conduită și standardele de evaluare reprezintă o practică încetățenită a instanțelor din Delaware, și chiar dacă unificarea acestora ar putea fi justificată de argumente de ordin practic, apreciem ca fiind foarte improbabil ca jurisprudența să urmeze acest curs în următoarele decenii. Evoluția divergenței celor două tipuri de standarde poate fi fundamentată pe diferite justificări identificate de doctrină⁸². În primul rând, deciziile de afaceri sunt luate de către administratori în contexte de informare incompletă sau limitată. În al doilea rând, riscul angajării răspunderii administratorilor este mult mai probabil prin utilizarea standardelor de conduită decât în cazul aplicării unui standard mai flexibil și adaptat procedurii de evaluare, ceea ce ar descuraja nu doar luarea unor decizii riscante dar favorabile din punct de vedere economic pentru societate, ci și asumarea poziției de administrator. Nu în ultimul rând, determinarea *ex post* a caracterului rezonabil al deciziei de afaceri prezintă dificultăți pentru instanțele de drept comun.

Aceste considerente subliniază caracterul unic al regulii judecătii de afaceri, care împiedică angajarea răspunderii unui administrator, chiar și în situațiile în care judecătorul ar tinde să considere decizia de afaceri ca fiind *nerezonabilă*, însă aceasta este protejată prin efectul regulii cu condiția să prezinte un *caracter rațional*. Se constată că standardul de evaluare aplicat prin regula judecătii de afaceri deviază de la standardul de conduită pe care se fundamentează, al caracterului rezonabil.

Îmbinarea standardelor de conduită cu standardele de evaluare este atât de comună, încât acestea sunt adesea confundate. Suprapunerea standardelor de conduită și a standardelor de evaluare este într-adevăr

⁸¹ Eisenberg, M. A.: *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, Fordham Law Review vol. 62, nr. 3/1993, p. 437.

⁸² A se vedea Allen, W. R. et al., art. precitat supra 80, p. 449.

posibilă în circumstanțe ideale, în care schimbul de informații este complet, iar riscul angajării răspunderii pentru asumarea unui rol în guvernarea corporativă ar fi întotdeauna proporțional cu stimulentele asumării rolului, iar titularii obligațiilor fiduciare nu ar fi în niciun fel subordonați ori „supuși” vreunui organ social. În realitatea guvernării corporative, aceste premise nu sunt îndeplinite niciodată, astfel încât jurisprudența a dezvoltat un număr impresionant de standarde de evaluare. După cum vom ilustra în continuare, până la mijlocul anilor 1980, principalele standarde de evaluare se clasificau în funcție de buna-credință, judecata de afaceri, prudență, neglijență, neglijență gravă, irosirea averii acționarilor sau corectitudine și echitate, însă doctrina anilor 1990 a promovat treptat un standard de evaluare intermediar.

21. Tradițional, cele două mari domenii ale dreptului societar în care se aplică standardele de conduită sunt diligența și prudența și loialitatea. Obligației de diligență și prudență îi corespund standardele de conduită și standardele de evaluare aplicabile unui administrator sau unui salariat cu funcții executive care întreprinde un act sau omite să acționeze, într-o situație care nu implică un conflict de interese. Obligația de loialitate implică un standard de conduită și un standard de evaluare aplicabile unui administrator sau unui salariat cu prerogative executive în momentul acționării sau al omisiunii de a acționa, într-o situație caracterizată de un conflict de interese.

Standardele de evaluare a diligenței și prudenței și a loialității au fost foarte polarizate în majoritatea cazurilor. La un pol se află standardele de evaluare foarte dificil de satisfăcut de către reclamanți, precum judecata de afaceri sau standardul irosirii averii acționarilor, la polul opus se află prudența și corectitudinea sau echitatea, a căror încălcare este mai ușor de dovedit. Diferențele dintre standardele de conduită și standardele de evaluare au crescut considerabil între anii 1980 și 2000 datorită emergenței unor ramuri de nișă ale dreptului societar și datorită evoluției clauzelor statutare de înlăturare a răspunderii administratorilor, noi standarde intermediare fiind create pentru a se plia unor tipuri de conduită specifice.

Fără a anticipa elementele fundamentale ale obligațiilor fiduciare și ale standardelor de evaluare prezentate în capitolele următoare, vom oferi o privire de ansamblu a cuplării standardelor de conduită cu standardele de

evaluare, pentru a raționaliza și justifica diferențele structurale dintre acestea și necesitatea de a dezvolta ambele categorii de standarde.

5.1. Obligația de diligență și prudență și standardul de evaluare aplicabil

5.1.1. Considerații generale

22. După cum vom expune pe larg în capitolul II, obligația de diligență și prudență a administratorilor societari reprezintă o varietate particulară a obligației legale de diligență și prudență corelată cu noțiunea de neglijență din dreptul privat. Reglementarea neglijenței se fundamentează pe rațiuni de ordin moral, respectiv asumarea unui rol care presupune riscul prejudicierii altor persoane. Astfel, asumarea rolului de a acționa în numele și pe seama altei persoane, care a acordat acest rol în temeiul încrederii conferite, determină mandatarul să-l execute cu diligență și prudență.

Relația fiduciară tradițională a fost transpusă în guvernanta corporativă actuală, rolul administratorilor fiind acela de a administra afacerile societății cu asumarea concomitentă a executării unor funcții specifice, precum obligația de a monitoriza și supraveghea desfășurarea afacerilor societății, de a selecta, de a remunera și de a înlocui, după caz, salariații cu atribuții executive cărora le pot fi delegate aceste funcții. Administratorii vor aproba, modifica sau respinge obiectivele financiare propuse pentru societate, planuri și acțiuni majore și vor lua deciziile privind principiile și practicile de contabilitate și audit. Nu în ultimul rând, aceștia vor decide cu privire la alte aspecte care le sunt încredințate prin actul constitutiv sau prin hotărârile acționarilor.

Standardul de conduită aplicabil administratorilor în executarea funcțiilor în situațiile în care nu se află în conflict de interese este acela conform căruia, un administrator are față de societate obligația îndeplinirii cu bună-credință a funcției sale, într-o manieră în care crede în mod rezonabil că este în interesul superior al societății și cu diligența și prudența care ar fi rezonabil de așteptat de la o persoană care se află într-o poziție similară și în circumstanțe asemănătoare⁸³. Acest standard de conduită

⁸³ Secțiunea 4.01 din Principiile guvernantei corporative ale Institutului American de Drept (*American Law Institute- ALI*). Principiile propuse de American Law Institute, a se vedea *American Law Institute – Principles of Corporate Governance – Analysis and Recommendations*,

conține atât elemente obiective, cât și subiective. Elementul obiectiv presupune diligența și prudența așteptată în mod rezonabil de la o persoană obișnuit de prudentă care se află într-o poziție similară și în circumstanțe asemănătoare. Cel de-al doilea element al definiției conține atât elemente subiective, cât și elemente obiective, prin formularea „îndeplinirea funcției de administrator într-o manieră în care el sau ea crede în mod rezonabil că este în interesul superior al societății”. Această definiție legală importată și adaptată de majoritatea jurisdicțiilor de *common law* și de drept civil impune condiția subiectivă a existenței convingerii administratorului de faptul că alege o conduită care este în interesul suprem al societății și această convingere trebuie să fie rezonabilă din punct de vedere obiectiv⁸⁴. În îndeplinirea standardului de conduită, administratorul va trebui să își îndeplinească obligațiile legale și cele care îi incumbă în calitate de membru al consiliului de administrație cu bună-credință, cu diligența și prudența pe care o persoană obișnuită ar exercita-o în circumstanțe similare și într-o convingere *rezonabilă* că actele și faptele sale sunt în interesul suprem al societății⁸⁵.

La o primă privire a standardului de conduită a obligației de diligență și prudență observăm caracterul exigent, pretențios al elementul prudenței și al importanței acordate caracterului rezonabil al conduitei și al deciziilor de afaceri. Practica ne arată însă, că standardele de evaluare aplicate îndeplinirii acestor obligații sunt mult mai puțin stricte, în special atunci când se pune sub semnul întrebării conținutul sau calitatea unei decizii, deoarece diferențiază între *caracterul rezonabil al deciziei* și *caracterul rezonabil al procesului decizional*. În cazurile în care se urmărește evaluarea sau analizarea substanței deciziei de afaceri, se va aplica un standard de evaluare mai puțin strict, respectiv standardul judecății de afaceri.

23. Regula judecății de afaceri reprezintă un standard de evaluare special și se aplică în mod automat în urma îndeplinirii unor condiții care vizează calitatea deciziei luate de către administrator. Acest standard de

partea a VII-a, Remedies, cap. 1, prima publicare în iunie 1985, citate în doctrină ca *ALI Proposals*. Principiile ALI reprezintă principii și modele statutare, care, deși nu au forță obligatorie, au o mare influență în crearea și aplicarea dreptului societar, dar și în învățământ și cercetare.

⁸⁴ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 440.

⁸⁵ Formularea din *Model Business Corporation Act* (MBCA), par. 8.30 (a), a cărei aplicare se răsfrânge și asupra salariaților cu prerogative executive, a se vedea *supra* 72.

evaluare reprezintă o reacție a jurisprudenței moderne la aplicarea probei corectitudinii și a echității. Instanțele au observat dificultatea și inoportunitatea aplicării unui standard strict și inflexibil într-o situație în care se analizează caracterul rezonabil și oportun al unei decizii de afaceri luate cu bună-credință și în lipsa unui conflict de interese, astfel încât acest produs al jurisprudenței anglo-saxone s-a extins în dreptul continental datorită eficienței și a calității soluțiilor formulate prin aplicarea acestuia.

Aplicabilitatea regulii judecății de afaceri este condiționată de verificarea unor elemente de fond și de procedură. În primul rând, trebuie să existe o judecată în luarea unei decizii de afaceri, de exemplu *omisiunea* unui administrator de a investiga sau de a acționa nu îndeplinește această condiție, spre deosebire de luarea *deciziei de a nu acționa*, care poate fi protejată de regula judecății de afaceri. În al doilea rând, un administrator sau un salariat cu atribuții executive trebuie să se fi informat cu privire la judecata de afaceri într-o proporție considerată de el ca fiind rezonabilă în circumstanțele date, respectiv el a utilizat un proces decizional rezonabil. În al treilea rând, decizia trebuie să fi fost luată cu bună-credință, o condiție subiectivă, care dacă nu este îndeplinită, privează administratorul de protecția regulii. Un exemplu în acest sens ar fi cunoașterea de către administrator a faptului că decizia încalcă legile aplicabile. În al patrulea rând, administratorul nu trebuie să aibă un interes personal în chestiunea care face obiectul deciziei, spre exemplu regula judecății de afaceri nu este aplicabilă votului de aprobare a cumpărării unui imobil aparținând administratorului, conflictul de interese fiind un indiciu care elimină în toate situațiile aplicabilitatea regulii.

Dacă cele patru condiții sunt îndeplinite, instanțele vor putea analiza substanța sau conținutul deciziei administratorului cu ajutorul unui standard mult mai limitat decât standardul de conduită al caracterului prudent sau rezonabil. Formularea acestui standard de evaluare simplificat este dezbătută în doctrină și în jurisprudență. Anumite instanțe au limitat acest test la evaluarea conduitei administratorului sub aspectul bunei-credințe⁸⁶, abordare care poate conduce la confuzii, deoarece în acest context nu este suficient de clar dacă buna-credință este un concept pur subiectiv sau dacă prezintă și elemente obiective.

⁸⁶ Cauza *In Re RJR Nabisco Inc. Shareholders Litigation*, Delaware Chancery Court, 1989.

Definirea bunei-credințe în guvernanta corporativă s-a dovedit a fi un exercițiu greoi, atât ca element al altor instituții de dreptul societăților, cât și ca obligație fiduciară independentă. O definiție timpurie care este încă utilizată de doctrină descrie buna-credință în dreptul societar ca fiind „onestitate de fapt în conduita mandatarului sau în efectuarea operațiunii în cauză”⁸⁷, implicând obligația de a observa standardele comerciale rezonabile ale derulării corecte a afacerilor. Potrivit acestei formulări, o persoană poate fi considerată sinceră dacă acționează în conformitate cu valorile general acceptate sau dacă acționează conform valorilor proprii dar fără a încălca standardele morale fundamentale stabilite de către societate⁸⁸.

Având în vedere complexitatea acestei noțiuni și rădăcinile ei din dreptul privat general, majoritatea instanțelor nu au limitat standardul de evaluare al regulii judecătii de afaceri la buna-credință interpretată în mod subiectiv, ci au aplicat standarde de evaluare care cuprind și o analiză obiectivă, dar limitată, a calității deciziei. Jurisprudența secolului XX prezintă numeroase exemple în care caracterul rațional a fost considerat relevant în determinarea bunei-credințe a persoanei care a luat decizia de afaceri⁸⁹. Până la mijlocul anilor 1980, practica instanțelor din Delaware era analizarea deciziilor administratorilor prin prisma calității judecătii de afaceri, tendința contemporană fiind din ce în ce mai apropiată de elementele obiective și de verificarea matematică a celor patru condiții expuse anterior, cu accentuarea elementelor obiective ale bunei-credințe. Deși analiza calității judecătii și implicit a deciziei de afaceri luată „nu este pe placul comercianților”⁹⁰, caracterul fiduciar al funcției administratorilor împiedică renunțarea completă și ireversibilă la această practică. Chiar și instanțele cunoscute pentru utilizarea noțiunii de bună-credință într-o manieră relativ subiectivă analizează aproape întotdeauna calitatea deciziilor de afaceri din

⁸⁷ *Uniform Commercial Code (UCC)*, par. 1-201 (19), ediția 1990. Prima redactare a compilației UCC din anul 1952 a avut ca scop armonizarea dreptului comercial din Statele Unite, fiind adoptat de toate jurisdicțiile. UCC reprezintă cel mai longeviv și elaborat proiect de armonizare a dreptului comercial până în prezent și continuă să fie actualizat și îmbunătățit prin propunerile Institutului American de Drept (*American Law Institute*).

⁸⁸ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 442.

⁸⁹ Cauza *Sam Wong & Son Inc. v. New York Mercantile Exchange*, 735, F.2d, New York 2nd Cir., 1984.

⁹⁰ Quillen, W.: *Business judgment and neutral principles*, Delaware Journal of Corporate Law nr. 10/1985, p. 465.

perspectiva care consideră lipsa caracterului rațional ca fiind un indiciu de rea-credință.

24. Pentru a evita situații în care decizii iraționale ar fi protejate de regula judecății de afaceri, opinia doctrinară majoritară este în sensul în care, în plus față de cele patru condiții de aplicare a regulii, decizia de afaceri în cauză trebuie să fie rațională, respectiv convingerea care motivează luarea unei decizii de afaceri cu bună-credință trebuie să fie *a fortiori* fundamentată pe un raționament rezonabil sau rațional⁹¹. Acest standard al caracterului rațional este mult mai ușor de îndeplinit decât standardul prudenței sau al caracterului rezonabil. Caracterul excepțional al standardului rațional este adesea întâlnit în situații cotidiene și mult mai apropiat conștiinței obișnuite, fiind foarte comun să caracterizăm o conduită ca fiind imprudentă sau nerezonabilă, dar vom califica mult mai rar conduita unei persoane ca fiind irațională⁹². Spre deosebire de standardul buneii-credințe subiective, caracterul rațional păstrează gradul necesar de responsabilitate de care trebuie să dea dovadă administratorul. Spre exemplu, decizia administratorilor de a investi o mare parte din profitul societății într-o fabrică, deși este cunoscut faptul că infrastructura, transportul feroviar și rutier și spațiile de depozitare sunt deficitare, nu poate fi explicată în mod coerent și nu va îndeplini standardul caracterului rațional, dacă nu există explicații solide din partea consiliului de administrație⁹³.

Standardul caracterului rațional a fost dezvoltat în contextul regulii judecății de afaceri și este aplicat în prezent în conținutul standardului judecății de afaceri. Astfel, în plus față de îndeplinirea celor patru elemente expuse care condiționează aplicarea regulii judecății de afaceri, se va adăuga și caracterul rațional al deciziei, cu mențiunea că acest caracter rațional nu trebuie confundat cu rezonabilitatea deciziei. Potrivit acestei opinii, administratorul nu va răspunde pentru luarea unei decizii de afaceri care a condus la pierderi pentru societate, chiar dacă decizia a fost nerezonabilă, cu condiția îndeplinirii celor patru premise și a standardului caracterului rațional.

⁹¹ Arscht, S., Hinsey, J.: *Codified Standard- Same Harbour But Chartered Channel: A Response*, Business Law Review nr. 35/1980, p. 954.

⁹² A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 443.

⁹³ Cauza *Selheimer v. Manganese Corp. of America*, 224 A.2d, Curtea Supremă din Pennsylvania, 1966, pct. 634.

Deși caracterul rațional al unei decizii de afaceri poate fi ușor confundat cu caracterul rezonabil, acestea se deosebesc prin câteva elemente de nuanță. Caracterul rațional este justificat de oportunitatea unei anumite decizii de afaceri și se explică printr-o coerență apreciată obiectiv de majoritatea persoanelor. Caracterul rezonabil în schimb, reprezintă o noțiune care implică validarea subiectivă a oportunității deciziei de afaceri de către persoane din exterior și nu se rezumă la aprecierea necesității unei anumite decizii de către cei care au luat decizia la un moment dat. Astfel, caracterul subiectiv sau elementul personal al percepției raționalității unei decizii este mai dificil de răsturnat decât caracterul rezonabil. Standardul de evaluare a caracterului rațional este mai exigent decât standardul bunei-credințe, însă mult mai puțin exigent decât standardul de conduită aplicabil în acest caz, respectiv standardul caracterului rezonabil.

Principalele raționamente pentru aplicarea standardului caracterului rațional, un standard mai puțin pretențios, sunt asigurarea corectitudinii și a echității. În primul rând, aplicarea standardului de evaluare a caracterului rezonabil (în loc de caracterul rațional) unei decizii de afaceri luată de un administrator care nu se află în conflict de interese ar putea conduce în mod injust la angajarea răspunderii acestuia. O analogie ar fi cu deciziile neglijente în trafic, unde granița dintre deciziile neglijente care au consecințe negative și deciziile greșite este foarte subțire și în general o singură alternativă reprezintă decizia rezonabilă în acel context, iar efectele nefaste sunt prezumate a fi cauzate de o decizie greșită.

Spre deosebire de aceste situații, în cazul deciziilor de afaceri este foarte dificil să stabilim o linie de demarcație clară între deciziile potrivite care au consecințe negative și deciziile proaste. Judecata de afaceri se fundamentează aproape întotdeauna pe informații incomplete și pe riscuri evidente și inevitabile, astfel încât gama deciziilor rezonabile este foarte largă. Dacă persoanele responsabile de luarea unor decizii își fundamentează judecata pe distribuția probabilă a riscurilor și analizează probabilitățile realizării acestora, în cazul îndeplinirii rezultatului nedorit, decizia de afaceri nu va fi catalogată ca fiind una greșită, deoarece probabilitatea realizării riscurilor este întotdeauna reală. Dacă un administrator trebuie să aleagă între realizarea unei investiții promițătoare, dar riscante, într-o tehnologie nouă și abandonarea proiectului, fiecare

alternativă este riscantă în felul ei, iar dacă unul dintre riscurile asociate se materializează, decizia de afaceri va fi apreciată ca fiind greșită în sens foarte limitat. Decizia de afaceri nu este una greșită *per se*, însă dacă am aplica standardul caracterului rezonabil, am putea aluneca prea ușor în capcana aprecierii rezultatului negativ ca pe un efect al deciziei greșite, iar răspunderea administratorului ar fi angajată în mod injust.

Rolul standardului de evaluare în cazul deciziilor de afaceri care nu sunt în conflict de interese este evaluarea caracterului rațional prin aplicarea regulii judecății de afaceri care creează o marjă între ale cărei limite decizia în afaceri va fi protejată în caz de litigiu. După cum vom detalia, respectarea protocoalelor și a proceselor decizionale salvgardează cel mai adesea conduita criticată. Jurisprudența secolului XX a înțeles că fiecare decizie de afaceri este unică în felul ei, iar interesele superioare ale acționarilor și ale societății nu pot fi deservite prin analizarea foarte limitată a calității deciziei administratorilor. Vom demonstra în capitolul aferent fiecărui standard de conduită faptul că este adesea în interesul acționarilor ca administratorii să opteze pentru alternative mai riscante, datorită valorii rezultatului care ar putea fi obținut⁹⁴. În plus, acționarii au interesul să atragă administratori calificați pentru ocuparea acestor poziții, iar interesul administratorilor calificați poate fi limitat prin practici de angajare arbitrară a răspunderii lor.

5.1.2. Standarde de evaluare aplicabile unor circumstanțe specifice

25. Am arătat că regula judecății de afaceri este justificată de împiedicarea angajării răspunderii unui administrator pentru o decizie de afaceri rezonabilă care a avut consecințe nefaste. O teorie promovată de doctrina anilor 1980 distinge între un standard de evaluare aplicabil atunci când obiectul cauzei este angajarea răspunderii administratorului și un alt standard pentru evaluarea validității unei decizii de afaceri care nu este luată în conflict de interese⁹⁵. Jurisprudența din Delaware nu a îmbrățișat această abordare din cauza dificultății evaluării calității judecății de afaceri și a

⁹⁴ Cauza *Osborn v. Irwin Memorial Blood Bank*, 5, 234.278, Curtea de Apel din California, 1992, pct. 13.

⁹⁵ Hinsey, J. IV: *Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: the Rule, the Doctrine and the Reality*, George Washington Law Review nr. 52/1984, p. 611.

respectării concomitente a autonomiei instituționale. În câteva cauze, instanțele au încercat să stabilească dacă în luarea unei decizii de afaceri, prețul plătit de către societate într-o anumită operațiune este atât de inadecvat încât indică o fraudă⁹⁶. Practica a demonstrat că utilizarea standardelor de evaluare diferite în contexte de angajare a răspunderii sau de validare a deciziei de afaceri denaturează rolul fundamental al regulii judecătii de afaceri.

Regula judecătii de afaceri raționalizează aplicabilitatea generală a standardului judecătii de afaceri pentru analizarea calității deciziei administratorilor, iar nu a obligațiilor subsidiare ale diligenței și prudenței, precum obligația de supraveghere și monitorizare, obligația de a cerceta și obligația de a utiliza un proces decizional potrivit.

Teoria obligațiilor fiduciare nu descurajează persoanele cu putere de decizie să ia decizii îndrăznețe sau riscante, dar subliniază importanța atenției de care ele trebuie să dea dovadă în exercitarea obligațiilor. Analiza respectării elementelor procedurale și de monitorizare de către administrator, cum ar fi participarea la ședințele consiliului de administrație, analiza rapoartelor sau alte sarcini adiacente, sunt în general mai puțin susceptibile de erori grave decât îndeplinirea caracterului rezonabil al unei decizii în afaceri, iar regula judecătii de afaceri este dificil de aplicat deciziilor referitoare la adoptarea sau funcționarea unor programe de monitorizare.

Angajarea răspunderii administratorilor societari pentru încălcarea obligației de diligență și prudență a debutat la mijlocul anilor '80, jurisprudența de până atunci fiind reticentă în evaluarea conduitei administratorilor în lipsa încălcării obligației de loialitate⁹⁷. În situațiile în

⁹⁶ Cauza *Gimbel v. Signal Companies*, 316 A2d, 599 Delaware Chancery Court, 1984. În această cauză, societatea Signal și-a vândut o parte considerabilă din acțiuni unei subsidiare la un preț supraestimat față de evaluarea anterioară a unui expert independent. În ciuda intervenirii unei crize a prețului petrolului, evaluarea prețului acțiunilor și a rezervelor nu a fost reluată. Instanța a apreciat că expresia „construirea unei fraude”, deși utilizată în mod tradițional, nu este potrivită pentru situațiile în care existența fraudei nu a fost stabilită. „Regula judecătii de afaceri are limitele sale, mai ales în situațiile în care conduita defectuoasă intenționată sau bănuită se fundamentează exclusiv pe caracterul vădit inadecvat al prețului”.

⁹⁷ Allen, W. T.: *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law*, Comparative Corporate Governance State of the Art and Emerging Research, Ed. Oxford University Press, New York, 1998, p. 321.

care nu se constata existența unui conflict de interese, instanțele condiționau angajarea răspunderii doar de încălcarea elementelor subiective ale buneicredințe, o abordare care, după cum vom detalia, nu mai este regăsită în jurisprudența contemporană nici în *common law* și nici în sistemul de drept civil. Deși standardul de conduită a rămas acela al neglijenței obișnuite prin formularea unui standard aplicabil conduitei unei persoane obișnuit de prudente, standardul de evaluare impune dovedirea unei conduite vădit necorespunzătoare pentru a conduce la angajarea răspunderii.

Principalul scop funcțional al distincției dintre caracterul rezonabil și caracterul rațional este acela că standardul de evaluare acordă mandatarilor sociali o libertate de acțiune și de decizie vădit mai mare în ceea ce privește asumarea riscurilor decât standardul caracterului rezonabil⁹⁸. Pentru a evita orice confuzie din cauza similitudinii lingvistice, în înțelesul noțiunii „irațional”, o decizie de afaceri este caracterizată de o imprudență atât de mare față de conduita obișnuită, încât nicio persoană informată corespunzător și motivată de bună-credință nu ar fi optat pentru acea variantă, iar noțiunea de „rezonabil” poate include și erori comune comise din neglijență obișnuită. Pentru aplicarea conceputului caracterului „rațional” în contextul diligenței și prudenței, instanțele au dezvoltat standardul neglijenței grave, care impune în sarcina reclamantilor obligația de a demonstra că în îndeplinirea atribuțiilor, administratorii au dat dovadă de o neglijență atât de gravă, încât aceasta denotă o lipsă crasă de chibzuință sau de cugetare, ignorarea deliberată a intereselor acționarilor ori acte care nu pot fi atribuite unei judecăți raționale⁹⁹. Observăm că definiția jurisprudențială a neglijenței grave este mai strictă decât definiția neglijenței grave cunoscută tradițional de *common law* în dreptul privat, care reprezintă o neglijență mai gravă decât cea obișnuită, lipsită de orice semn de grijă, prin neîndeplinirea exercitării diligenței și prudenței utilizată până și de o persoană neglijentă, cu o lipsă de interes față de consecințe și diferită față de neglijența obișnuită din punctul de vedere al gravității, și nu al naturii ei¹⁰⁰.

⁹⁸ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 443 și Allen, W. T. et al., *art. precitat supra* 80, p. 327.

⁹⁹ Cauza *Tomczak v. Morton Thiokol Inc.*, nr. 7861, 327, Delaware Chancery Court, 1990, pct. 35.

¹⁰⁰ Keeton, P., Prosser, W. L.: *Prosser and Kenton on the Law of Torts*, ediția a 5-a, Ed. St. Paul, Minnesota West Pub. Co., 1984, pp. 211-212.

În plus față de justificările corectitudinii și ale echității menționate în motivarea soluțiilor pronunțate, anumite considerații de politică internă a societății susțin deosebirea între standardele de conduită și standardele de evaluare. În cazul unei decizii de afaceri care implică asumarea unui risc mai mare decât alternativa avută la un moment dat, administratorii vor opta adesea să acționeze în interesul superior al acționarilor și să își asume o decizie mai riscantă în speranța unor beneficii mai mari. Dacă în aceste cazuri s-ar aplica un standard de evaluare care vizează caracterul rezonabil al deciziei de afaceri, iar nu caracterul rațional, angajarea răspunderii administratorilor ar fi inevitabilă în aproape toate cazurile, iar un standard al neglijenței obișnuite ar descuraja orice mandatar de la asumarea unui risc cu valoare economică, deoarece un rezultatul pozitiv al unei asemenea decizii ar profita doar societății, iar rezultatul negativ ar dăuna exclusiv antreprenorilor creativi, răspunzători de luarea deciziei¹⁰¹. Aceste exemple ridică și întrebarea caracterului disproporționat între riscul angajării răspunderii și motivația de a ocupa o funcție în cadrul unui consiliu de administrație, în special în ceea ce privește administratorii neexecutivi.

Analiza calității deciziilor de afaceri include și determinarea nivelului de risc care ar fi trebuit asumat în mod *rațional* într-o anumită afacere, respectiv un tip de evaluare dificilă și riscantă pentru autonomia decizională a consiliului de administrație. Spre deosebire de decizia de afaceri de a încheia o operațiune, obligația de a supraveghea, de a investiga și de a utiliza un proces decizional rezonabil nu implică determinarea riscurilor iminente sau probabile, fiind astfel în concordanță cu autonomia specifică celor însărcinați cu administrarea societății în guvernanta corporativă actuală. Evaluarea unor astfel de decizii de afaceri va verifica motivarea exercitării unei astfel de funcții și gradul culpei, spre deosebire de angajarea răspunderii unui administrator care a utilizat un proces decizional rezonabil și adecvat, dar care nu a condus la o decizie de afaceri de succes. Pe cale de consecință, obligația de supraveghere, obligația de a investiga și obligația de a utiliza un proces decizional rezonabil nu sunt protejate în mod tipic de regula judecății de afaceri, dar standardul de evaluare nu se suprapune cu standardul de conduită. Jurisprudența a explicat această

¹⁰¹ Veasey, E. N., Manning, W. E.: *Codified Standard- Safe Harbor or Unchartered Reef?*, Business Law Review nr. 35/1990, p. 932.

diferență prin utilizarea standardului diligenței și prudenței¹⁰² ca standard de conduită și a standardului neglijenței, ca standard de evaluare.

26. Această abordare a obligațiilor subsidiare ale diligenței și prudenței este asociată în evoluția teoriei obligațiilor fiduciare cu cauza *Smith v. Van Gorkom*¹⁰³, în care instanța a aplicat standardul neglijenței grave, un standard ambiguu al cărui caracter strict trebuie adaptat de instanță în fiecare caz în parte¹⁰⁴. Aplicarea standardului neglijenței pentru evaluarea îndeplinirii obligației de a monitoriza, obligației de a investiga și obligației de a utiliza un proces decizional are avantajul că îndeplinirea acestora este flexibilă și interpretabilă. În plus, standardul neglijenței grave subliniază importanța păstrării unei marje a intersecției în determinarea îndeplinirii standardului de conduită relevant și aplicabil pentru asemenea cazuri. Flexibilitatea intersecției dintre cele două standarde aplicabile, standardul diligenței și prudenței și standardul neglijenței obișnuite, este de esența obligației de diligență și prudență și limitează analiza neglijenței la rațiuni practice¹⁰⁵.

Doctrina secolului XX a modelat treptat standardul de evaluare a „neglijenței grave” la analiza „neglijenței obișnuite”, utilizând uneori și în formularea standardului de evaluare terminologia de diligență și prudență rezonabilă sau așteptată¹⁰⁶ în locul noțiunii de neglijență, iar doctrina de

¹⁰² Noțiunea de „*due care*” din doctrina anglo-saxonă este definită de dicționarele *Merriam-Webster* și *Oxford Business dictionary* ca fiind gradul de diligență și prudență exercitat în mod normal de o persoană obișnuită și rezonabilă în ceea ce privește propriile bunuri sau în circumstanțe similare cu privire la propriile interese. Dicționarele de dreptul afacerilor definesc acest prag al diligenței și prudenței ca fiind un test sau o limită pentru angajarea răspunderii pentru neglijențele mandatarului în situații de zi cu zi. *Merriam-Webster* numește acest grad de diligență și prudență ca fiind atitudinea potrivită, adecvată în circumstanțele date.

¹⁰³ Cauza *Smith v. Van Gorkom*, 488 A2d., Curtea Supremă din Delaware, 1983.

¹⁰⁴ Gevurtz, F. : *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?*, South Californian Law Review nr. 67/1994.

¹⁰⁵ Cauza *Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corporation*, 498 A.2d 1099, Curtea Supremă din Delaware, 1985.

¹⁰⁶ A se vedea *supra* 102 noțiunea de *due care*. Comentariul secțiunii 4.01 al Principiilor guvernantei corporative ale Institutului American de Drept subliniază imperativul evaluării complexității contextului corporativ de către instanțe înaintea stabilirii existenței sau a insuficienței diligenței și prudenței, pentru a realiza o analiză flexibilă care poate conduce la o soluție echitabilă, a se vedea *supra* 83.

după anii 2000 a privit aplicarea standardul neglijenței pentru evaluarea încălcării obligației de diligență și prudență într-o manieră foarte critică.

5.2. *Obligația de loialitate și standardul de evaluare aplicabil*

5.2.1. Considerații generale

27. Obligația de loialitate este revelată în situațiile în care un administrator sau un salariat cu atribuții executive acționează într-o manieră care poate implica un conflict de interese, deoarece standardul de conduită prevede faptul că el trebuie să acționeze și să tranzacționeze în mod corect și echitabil. Similar cu standardul aplicabil proceselor decizionale diligente (diligența și prudența și standardul caracterului rațional), standardul tranzacționării corecte și echitabile (al evaluării loialității) include de asemenea elemente procedurale și elemente de substanță.

Elementele materiale ale tranzacționării corecte și echitabile se traduc prin faptul că termenii operațiunii trebuie să fie legitimi, ceea înseamnă în esență că termenii pe care societatea și-i asumă, activ sau pasiv, ar trebui să fie similari condițiilor de tranzacționare de pe piață, iar încheierea operațiunii este în interesul societății. Aspectele procedurale ale tranzacționării corecte și echitabile presupun faptul că încheierea și negocierea operațiunii trebuie să fi parcurs un proces decizional corect. Administratorul trebuie să fi fost complet sincer, să fi dezvăluit și să fi explicat consiliului de administrație, sau după caz, acționarilor, implicațiile și efectele operațiunii, în măsura în care este capabil de a le percepe sau de a le afla. Aspectul central al îndeplinirii standardului de conduită al loialității este obligația de dezvăluire completă și sinceră, iar neîndeplinirea acestei îndatoriri echivalează cu încălcarea obligației de a tranzacționa în mod corect, chiar și atunci când elementele materiale ale operațiunii sunt echitabile.

În dinamica dreptului civil și a dreptului societar contemporan, noțiunea de corectitudine și echitate reprezintă o gamă largă a posibilităților de acțiune a administratorilor și un câmp vast de aplicare a obligațiilor. Spre exemplu, termenii unui contract în conflict de interese pot fi echitabili în

sensul în care corespund prețului pieței, iar societatea are dreptul de a cunoaște totalitatea elementelor de fapt pentru a decide dacă operațiunea este în interesul ei¹⁰⁷.

Obligația de a tranzacționa în mod corect și echitabil în situațiile de conflict de interese este legată de o varietate de tipuri de tranzacții și de conduită¹⁰⁸. În situațiile în care se obține un folos material, evaluarea conduitei este mai simplă, iar aplicarea standardului este intuitiv, însă problemele mai complicate se ridică în situațiile în care administratorii nu au obținut niciun folos material pentru sine sau pentru alții în urma încheierii tranzacției problematice.

În cazul în care operațiunea în conflict de interese, în urma căreia administratorul nu a obținut un avantaj pecuniar, nu a fost aprobată de administratorii independenți sau de acționarii neinteresați, standardul evaluării va fi același cu standardul de conduită, respectiv se va verifica dacă administratorul a tranzacționat în mod corect și echitabil, atât în ceea ce privește aspectele de substanță, cât și în ceea ce privește aspectele procedurale. Acesta standard a fost numit de doctrină *standardul*

¹⁰⁷ Un exemplu relevant pentru acest tip de situații este oferit de comentariul secțiunii 5.02(a)(1) al Principiilor guvernancei corporative ALI. O societate X se află în căutarea unui nou sediu, iar vice-președintele consiliului de administrație V, deține totalitatea acțiunilor societății R, deținătoarea unei clădiri de birouri. V găsește un agent de vânzări care să ofere imobilul în cauză deținut de societatea A, societății X. Consiliul de administrație al societății X votează achiziționarea clădirii la un preț corect, iar V notifică societății X înainte de încheierea tranzacției că se află în conflict de interese. V nu menționează însă că are informații, nepublice încă, despre intenția statului de a construi o autostradă pe terenul pe care se află clădirea de birouri și despre riscul exproprierii forțate din acest motiv. Prețul achitat de societatea X este corect, chiar și cu riscul exproprierii, deoarece compensația primită în cazul îndeplinirii riscului este probabil de a fi echivalentă sau mai mare decât prețul achitat. După încheierea tranzacției, societatea X află despre decizia de construcție a autostrăzii și apreciază că V nu și-a îndeplinit obligația de informare față de societate.

¹⁰⁸ Aceste operațiuni sunt tratate în mod diferențiat de Principiile guvernancei corporative ALI în paragrafele 5.02-5.06, respectiv se face diferența între operațiunile care presupun o remunerare, care nu implică niciun fel de avantaj material, oportunitățile de afaceri, situațiile de concurență cu societatea sau utilizarea poziției deținute de un administrator, utilizarea activelor societății, a informațiilor obținute prin intermediul societății pentru obținerea unui avantaj personal. Aceste aspecte vor fi analizate în capitolul III care tratează obligația de loialitate.

*corectitudinii și al echității depline*¹⁰⁹. Spre deosebire de diligența și prudența așteptată de la o persoană rezonabilă (*due care standard*), standardul corectitudinii și al echității depline nu oferă instanțelor o flexibilitate prea largă, singurul său avantaj este acela că reprezintă un câmp de includere a conduitei corecte și echitabile, iar nu o enumerare exhaustivă de situații.

Deși reprezintă unul dintre cele mai stricte standarde de evaluare, standardul corectitudinii și al echității a rămas consacrat în jurisprudență ca fiind cel mai oportun mijloc de evaluare a deciziilor de afaceri în conflict de interese. Într-o piață perfect omogenă a cererii și ofertei și a omogenității bunurilor și serviciilor, nicio societate nu ar avea interesul de a tranzacționa cu propriul administrator în locul unui alt agent economic de pe piață. Chiar și pe o piață imperfectă, șansele ca un administrator să poată oferi societății un bun nesubstituibil sunt slabe, astfel încât caracterul excepțional al acestei tranzacții impune o justificare clară a corectitudinii și a echității tranzacției. În consecință, sarcina probei aparține în general administratorului, care trebuie să dovedească corectitudinea și echitatea unei tranzacții încheiate în afara pieței libere.

5.2.2. Standardele de evaluare aplicabile în circumstanțe specifice

28. Fără a anticipa conținutul capitolului VI, care tratează obligațiile fiduciare contextuale ale administratorilor, menționăm că în practică, instanțele au constatat că standardele de evaluare se nuanțează uneori în funcție de elemente specifice ale standardelor de conduită, precum aprobarea deciziei de afaceri de către administratorii neexecutivi sau independenți, clauzele statutare de înlăturare sau limitare a răspunderii administratorilor, votul din partea acționarilor și doctrina oportunității de afaceri.

Problematica expusă în secțiunea anterioară se complică în situațiile în care o operațiune încheiată cu societatea de către un administrator aflat în conflict de interese a fost aprobată de administratorii neinteresați. Pentru

¹⁰⁹ Noțiunea de „*Pure-fairness-standard*” a fost introdusă în doctrina de *common law* de prof. Melvin A. Eisenberg, una dintre cele mai renumite voci ale doctrinei de drept comercial. A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 451.

validitatea acestui vot, este evident faptul că dezvăluirea trebuie să fie completă. Așadar, în lipsa unui conflict de interese explicit, aplicarea standardului corectitudinii și al echității ar reprezenta o abordare mult mai strictă. Totuși, având în vedere contextul deosebit caracterizat de relațiile din consiliul de administrație, aplicarea regulii judecătii de afaceri poate fi de asemenea nepotrivită.

Doctrina secolului XX a fost preocupată de găsirea unei definiții potrivite noțiunii de „administrator neinteresat” sau „independent” însă, având în vedere relațiile colegiale și profesionale dintre administratori, contextul procesului decizional nu poate fi echivalat votului aprobării unei tranzacții încheiate cu un terț care nu are o legătură preexistentă cu unul dintre membrii consiliului de administrație. Obiectivitatea caracterului independent sau neinteresat este destul de dificil de definit în guvernanta corporativă modernă. Apreciem că un administrator poate fi considerat cu adevărat imparțial doar în lipsa unei relații semnificative preexistente fie cu una dintre părțile interesate ale operațiunii supuse votului, fie cu terțul. Lipsa unei influențe de orice fel poate exista doar în contextul unei neutralități neafectate de o relație profesională, de repercusiuni sociale sau profesionale sau de alte elemente de fapt care îi pot afecta raționamentul la momentul votului. Doctrina de referință compară obiectivitatea membrilor consiliului de administrație cu aceea a unui judecător, susținând că „testul cel mai potrivit pentru obiectivitate este acela care se aplică pentru recuzarea unui judecător [...] respectiv întrebarea dacă independența sa poate fi pusă la îndoială”¹¹⁰.

¹¹⁰ Apreciem că, din rațiuni practice, aplicarea elementelor procedurale prevăzute pentru recuzare ar fi nu doar dificil de transpus, dar și improprii guvernantei corporative actuale. Comparația exprimată de prof. Eisenberg în anul 1993 ar reduce considerabil protecția regulii judecătii de afaceri în dinamica proceselor decizionale actuale. A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 452. Apreciem că imparțialitatea ar trebui să aibă în vedere doar relațiile de familie apropiate, relațiile de prietenie sau de afaceri. Prin definiție, regula judecătii de afaceri protejează exclusiv administratorii care nu se află în conflict de interese, iar dacă lipsa de interes se suprapune peste noțiunile de imparțialitate sau obiectivitate, orice relație anterioară a unui administrator cu una dintre părți ar fi de natură să afecteze judecata sa de afaceri și l-ar lipsi de protecția regulii. Apreciem astfel că nu doar funcțional, dar și din perspectiva conținutului sau a nivelului obiectivității, comparația imparțialității unui administrator nu ar trebui echivalată condițiilor de recuzare a unui judecător.

În anumite jurisdicții, chiar și legiuitorul a înțeles să includă doar un anumit tip de relații sau de cunoștințe în câmpul de aplicare a imparțialității de care trebuie să dea dovadă un administrator neinteresat¹¹¹. Observăm un număr de condiții cumulative pe care practicienii anglo-saxoni le-au formulat pentru a dovedi lipsa de interes a unui administrator, precum inexistența unui interes material pentru încheierea operațiunii sau o relație de afaceri, financiară sau de familie, cu una dintre părțile raportului juridic, și dacă această relație ar fi de natură să îi afecteze în mod rezonabil judecata în afaceri, într-o manieră care ar fi contrară intereselor societății. Așadar, simpla preexistență a relațiilor familiale sau de afaceri dintre administrator și cealaltă parte nu este suficientă, ci se va verifica dacă această relație poate conduce în mod rezonabil la riscul afectării judecății de afaceri a administratorului în cauză. Vom vedea în capitolul III că judecata de afaceri va fi considerată defectuoasă și influențată de relația preexistentă a administratorului cu terțul doar dacă decizia luată în acest context este dezavantajoasă pentru societate.

29. La jumătatea sec. XX, în majoritatea jurisdicțiilor de *common law* a apărut tendința includerii unor clauze statutare cu privire la efectele conflictului de interese în ceea ce privește răspunderea administratorilor. În mare parte, aceste clauze interziceau promovarea unei acțiuni în anularea operațiunilor pentru simplul motiv al existenței unui conflict de interese descoperit ulterior încheierii afacerii, cu condiția ca afacerea să fie corectă și echitabilă sau să fi fost aprobată de administratori independenți. În alte situații, clauzele statutare prevedeau în mod obligatoriu o evaluare a corectitudinii și a echității, în ciuda aprobării din partea administratorilor independenți.

Este interesant de observat faptul că, în anumite cazuri, aprobarea din partea administratorilor independenți reprezintă o alternativă a evaluării corectitudinii și a echității, iar în alte jurisdicții, operațiunile sunt

¹¹¹ Secțiunea 1.23 din Principiile guvernantei corporative ALI exemplifică anumite situații în care un administrator ar putea fi interesat, de exemplu, dacă are un „interes material în încheierea operațiunii” sau dacă „are o relație de afaceri, financiară sau de familie cu una dintre părțile operațiunii și această relație ar fi de natură să îi afecteze în mod rezonabil judecata de afaceri referitor la încheierea operațiunii, într-o manieră care ar fi contrară intereselor societății”.

anulabile, indiferent de corectitudine, și nu împiedică o evaluare a corectitudinii și a echității. Deși dreptul român nu ar permite clauze de înlăturare a obligațiilor legale, normele referitoare la conflictul de interese fiind imperative, dreptul continental are o practică îndelungată a includerii acestor clauze în actul constitutiv sau în contractul de administrare. Indiferent de prevederea statutară, aprobarea unei operațiuni de către administratorii neinteresați nu va împiedica instanțele să aplice un „test intuitiv” cel puțin la fel de riguros ca regula judecății de afaceri. Deși îmbrățișăm teoriile exacte și matematice de verificare a încălcării obligațiilor fiduciare de către administratori, utilitatea acestui „test intuitiv” utilizat de instanțe nu poate fi negată, la fel ca și subiectivismul într-o anumită măsură pentru determinarea intenției și a imparțialității administratorilor neinteresați. În multe state din SUA, actele constitutive prevăd în mod expres faptul că aprobarea din partea administratorilor independenți trebuie să fie exprimată cu bună-credință. Având în vedere obligația generală a administratorilor de a acționa cu bună-credință, această îndatorire este imperativă chiar dacă nu este explicit enunțată în contextul aprobării unei operațiuni în conflict de interese. În acest context, apreciem că se are în vedere elementul obiectiv al bunei-credințe, iar analiza judiciară se va referi la corectitudine și echitate, deoarece o operațiune vădit incorectă nu va putea fi aprobată niciodată cu bună-credință. O altă metodă de evaluare adoptată de câteva jurisdicții de *common law* reprezintă verificarea dacă operațiunile în conflict de interese sunt „în mod evident defavorabile societății”, respectiv dacă aprobarea din partea administratorilor independenți a fost corespunzătoare¹¹². Acest „test al operațiunii vădit nefavorabile” a fost abandonat de jurisprudență, devenind irelevant în contextul nuanțelor probei corectitudinii și a echității.

30. Am încercat să acoperim o diversitate cât mai largă de situații de conflicte de interese, însă epuizarea acestui domeniu ar fi evident imposibilă și nu face obiectul prezentului capitol. Apreciam însă că două contexte des întâlnite în practică merită o atenție deosebită. În primul rând, vom aborda

¹¹² *Model Business Corporation Act Annotated* par. 8.61, 8.82, introduse prin versiunea din anul 1993. Acest test este definit în secțiunea 5.02 din *Principiile Guvernantei Corporative ALL*, versiunea 1980, a se vedea *supra* 83.

situația în care un administrator cu putere de decizie profită de o oportunitate de afaceri după ce aceasta a fost oferită inițial societății și a fost respinsă de administratorii neinteresați. În cazul unei operațiuni în conflict de interese cu societatea, corectitudinea și echitatea poate fi determinată prin compararea condițiilor operațiunii cu condițiile unei afaceri similare pe piața liberă. În cazul respingerii unei oportunități corporative (de afaceri), această comparație nu mai poate avea loc deoarece nu se poate identifica pe piața liberă o tranzacție perfect echivalentă cu cea supusă evaluării, iar motivele respingerii afacerii de către societate pot fi diverse. Nepotrivirea operațiunii cu politica de afaceri a societății, profitul insuficient sau riscant pe care îl promite afacerea sau alte justificări asemănătoare nu reprezintă standarde obiective sau referințe fixe, precum condițiile de tranzacționare pe piața liberă, unde societatea ar fi putut accepta încheierea afacerii. În lipsa unei oportunități de afaceri, o instanță ar putea anula o decizie a consiliului de administrație cu justificarea lipsei de corectitudine și echitate a deciziei prin simpla comparație a termenilor și a condițiilor operațiunii cu cele de pe piața liberă, fără a atinge elemente de substanță ale judecății de afaceri. În cazul evaluării unei decizii referitoare la o oportunitate de afaceri, analiza judecății de afaceri va fi foarte complexă și va cuprinde și înțelegerea contextului financiar și de politică de afaceri a societății, a planurilor pe termen lung, a beneficiilor probabile, a costurilor și riscurilor avute în vedere de societate și a alternativelor avute la îndemână.

Alte particularități ale standardului de evaluare se observă în cazul ofertelor de achiziție a societăților, respectiv a preluărilor ostile sau a achiziției pachetului majoritar de acțiuni, în ciuda obiecțiunilor administrației. Deși aceste oferte vizează persoana acționarului care deține pachetul de acțiuni și nu societatea sau consiliul de administrație, influențele acestuia din urmă nu pot fi subestimate în ceea ce privește luarea unei decizii, respectiv de încurajare a vânzării sau de blocare a tranzacției, în funcție de interesele specifice ale administratorilor care votează sau de relațiile interpersonale preexistente.

În aceste situații, standardul de conduită aplicabil este unul intuitiv, respectiv va fi în sensul în care, în momentul votului, administratorii au avansat interesele superioare ale societății și ale acționarilor. Complexitatea

standardului de evaluare, în schimb, este dată de rezultatul preluării. În cazul succesului preluării ostile, directorii executivi își vor pierde în mod tipic pozițiile deținute, fiind primii înlocuiți cu reprezentanții noilor acționari majoritari, astfel încât acțiunile lor de blocare a operațiunii reprezintă de obicei conduite în conflict de interese. Blocarea ofertelor de preluare de către administratorii neexecutivi vor fi însă privite sub alte standarde, având în vedere probabilitatea redusă a afectării poziției sau remunerării acestora în urma preluării. În plus, deciziile de blocare a unei oferte ostile de preluare sunt diferite față de alte acțiuni în conflict de interese, deoarece au efecte mult mai diverse pe piețele de tranzacționare și în dinamica valorii acțiunilor.

5.3. Buna-credință și evaluarea acesteia

31. Am menționat că îmbrățișăm teoria triadei obligațiilor fiduciare și opinia potrivit căreia buna-credință reprezintă o obligație fiduciară distinctă de obligația de diligență și prudență și de obligația de loialitate, nefiind parte a vreunei dintre ele. Menționăm însă, că în majoritatea jurisdicțiilor de drept civil, buna-credință absoarbe loialitatea. Deși standardul de conduită al bunei-credințe este uneori confundat sau suprapus cu standardul de conduită al obligației de diligență și prudență, un aspect specific instituției fiduciare a bunei-credințe este faptul că un administrator nu poate determina societatea să încalce o normă de drept pozitiv, chiar dacă o persoană obișnuit de rezonabilă ar aprecia prin evaluarea pierderilor și a câștigurilor că acțiunea ar crește substanțial profiturile societății. Referitor la standardul de conduită aplicabil, menționăm la acest moment doar faptul că acțiunea unui administrator nu poate fi clasificată ca fiind de bună-credință, dacă se bazează pe „orice emoție umană care poate determina administratorul să-și așeze propriile interese, preferințe sau dorințe înaintea bună-stării societății [...], inclusiv ură, lăcomie, rușine sau mândrie”¹¹³. Având în vedere faptul că obligația de a acționa cu bună-credință reprezintă esența funcției fiduciare și nici nu

¹¹³ Cauza *In RE Nabisco Inc. Shareholders Litigation*, 556 A.2d 1070, Curtea Supremă din Delaware, 1989.

implică riscurile sau efectele obligației de diligență și prudență, apreciem că standardul de evaluare pentru încălcarea obligației de bună-credință poate fi suprapus în majoritatea situațiilor standardului de conduită aplicabil.

5.4. Justificarea diferențierii între standardele de conduită și standardele de evaluare

32. După cum am remarcat în secțiunea anterioară, de cele mai multe ori, nu există o suprapunere perfectă între aprecierea *ex ante* și *ex post* a conduitei unui administrator, iar standardele de conduită și standardele de evaluare în guvernanta corporativă prezintă caracteristici și efecte cât se poate de diferite. Din aceste considerente, este important să diferențiem între standardele de conduită și standardele de evaluare. Standardele de conduită reprezintă reguli generale care se adresează oricărei persoane care exercită o anumită activitate sau o anumită funcție, aplicabile în dreptul societar administratorilor și salariaților cu prerogative executive. Standardele de evaluare reprezintă reguli de interpretare a conduitei și deciziilor, aplicate în concret de instanțe.

Distincția dintre cele două a apărut inițial în doctrina de drept penal, importată la mijlocul secolului XX în dreptul comercial¹¹⁴, standardele fiind dezvoltate de doctrină și de jurisprudență până în prezent. Doctrina de drept penal a propus inițial o teorie a reducerii standardelor la reguli de conduită și reguli de evaluare *ex post* a conduitei¹¹⁵, standardele de evaluare fiind principiile fundamentale, din care se pot dezvolta ulterior și standardele de conduită. Această abordare a fost respinsă de doctrina de dreptul societăților deoarece conferea nomei legale un caracter de control și sancțiune, ignorând funcția preventivă a legii și obiectivul ghidării conduitei persoanelor¹¹⁶. Pe de altă parte, utilitatea diferențierii a fost justificată de faptul că instanțele nu sunt destinatarii sau subiecții regulilor de conduită pe care le aplică, astfel încât executarea unui standard de conduită de către un terț care evaluează

¹¹⁴ Bentham, J: *A fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Ed. W. Harrison, San Antonio, 1948, p. 430.

¹¹⁵ Dan-Cohen, M.: *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, Harvard Law Review nr. 97/1984, p. 625.

¹¹⁶ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 462.

deciziile unei alte persoane ar fi una subiectivă și ar goli de substanță standardul de conduită.

În realitatea contemporană, persoanele care se supun standardelor de conduită și cele care aplică standardele de evaluare sunt perfect conștiente de standardele cunoscute de celălalt grup, ceea ce determină adesea luarea deciziilor și adaptarea strategiei în funcție de efectele resimțite de cealaltă parte. Din aceste considerente, o parte a doctrinei susține îmbinarea celor două tipuri de standarde, pentru a evita o evaluare judiciară subiectivă, ocolirea eficientă a standardelor de conduită și deresponsabilizarea mandatarilor¹¹⁷. Nu îmbrățișăm această opinie, deoarece așa cum vom demonstra în capitolul V, standardele de evaluare, în maniera în care au fost dezvoltate de jurisprudență până în prezent, au atins un nivel de eficiență și de previzibilitate care poate fi avut în vedere de mandatarii sociali în momentul îndeplinirii standardelor de conduită. Aplicarea lor are ca efect o apreciere mai flexibilă și mai permisivă decât aplicarea *ad litteram* a standardelor de conduită, care ar determina în majoritatea cazurilor angajarea răspunderii administratorilor.

Observăm că diferențierea standardelor prezintă caracteristici pronunțate ale dreptului penal, în special în ceea ce privește subiectivitatea aplicării de către un terț a unui standard de evaluare unei conduite determinată de intențiile și motivațiile altei persoane. Apreciem totuși că, prin dezvoltarea jurisprudențială a standardelor de evaluare, dreptul societar contemporan prezintă deosebiri clare între cele două tipuri de standarde, ambele fiind explicite, spre deosebire de dreptul administrativ sau de dreptul muncii, unde regulile sunt preponderent de evaluare a substanței deciziilor. În alte ramuri de drept, precum drepturile reale sau dreptul obligațiilor, regulile de luare a deciziilor sunt guvernate de standarde de conduită, iar regulile de evaluare a deciziilor sunt doar derivate ale acestora. Caracterul explicit al standardelor din dreptul societar este cu atât mai evident în situațiile în care un anumit tip de conduită a fost aprobat de un organ al societății, situație în care standardele de conduită se îmbină cu regulile privitoare la procesele decizionale. Vom vedea că în aceste

¹¹⁷ A se vedea Bentham, J., *op. cit. supra* 114, p. 636 și Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 463.

situații, standardul de evaluare este flexibil, acordând o importanță deosebită votului administratorilor independenți și altor mecanisme care indică lipsa unui conflict de interese, în vreme ce standardul de conduită rămâne neschimbat.

Apreciem că utilitatea diferențierii între standardele de conduită și standardele de evaluare este greu de negat în guvernanta corporativă actuală. În timp ce standardul de conduită reprezintă idealul sau modelul de moralitate de care ar trebui să dea dovadă administratorii în mod concret, standardul de evaluare reprezintă un ideal, o aspirație a moralității pe care ei trebuie să o demonstreze. La prima vedere, această teorie ar putea părea o reducere a tuturor standardelor la standardele de evaluare, după modelul preluat din dreptul penal, însă apreciem că această concluzie necesită anumite nuanțări. În urma analizării câmpului diferit de aplicare a celor două tipuri de standarde, considerăm că în realitatea complexă a lumii de afaceri, administratorii ar trebui să privească standardele de conduită din dreptul societar ca pe niște reguli exprese de ghidare a conduitei lor. Spre exemplu, pentru luarea unei decizii de a încheia o operațiune, standardul de conduită impune informarea și analizarea efectelor încheierii contractului printr-o conduită caracterizată de diligență și prudență, pe când standardul de evaluare ar impune luarea unei decizii de afaceri care să nu poată fi caracterizată ca fiind irațională. Vom demonstra în capitolul III că legea ghidează conduita administratorilor printr-un standard de conduită care le impune să acționeze în mod corect în situațiile în care sunt interesați, și nu printr-un standard de evaluare care ar impune să acționeze în așa măsură încât să obțină aprobarea consiliului de administrație.

În ciuda diferențelor teoretice dintre cele două tipuri de standarde, condițiile angajării răspunderii se pot suprapune uneori. Vom detalia în capitolul II elementele îndeplinirii obligației de diligență și prudență în luarea unei decizii de afaceri, iar după constatarea bunei-credințe, instanța va aplica regula judecății de afaceri. Totuși, în lipsa îndeplinirii condițiilor de aplicabilitate a regulii, instanța va aplica standardul diligenței și prudenței (sau a caracterului rațional). Mecanismul este similar în cazul obligației de loialitate. În analiza judiciară a unei afaceri încheiate între un administrator și societatea administrată, standardul de evaluare se va

suprapune perfect standardului de conduită aplicabil în lipsa altor elemente care indică lipsa conflictului de interese, cum ar fi votul administratorilor independenți sau votul majorității acționarilor minoritari.

Aceste exemple confirmă faptul că îndeplinirea cu strictețe a standardelor de conduită reprezintă o variantă mai sigură pentru evitarea angajării răspunderii, față de riscurile implicate de interpretarea judiciară a standardelor de evaluare și de posibile erori judiciare. Raționamentul urmăririi standardelor de evaluare este adesea alegerea unui standard mai puțin pretențios decât standardul de conduită aferent, care implică însă riscul inaplicabilității standardului de evaluare pe care individul l-a presupus aplicabil și angajarea răspunderii conform standardului de conduită considerat aplicabil de către instanță.

Având în vedere aceste diferențe ale efectelor concrete, apreciem că standardele legale de conduită comunică valorile sistemului legal aplicabil și reprezintă fundamentul standardelor de conduită din mediul privat¹¹⁸. În dreptul societar, standardele de conduită s-au dezvoltat ca vehicule necesare ale guvernantei corporative, însă deosebirile dintre cele două categorii de standarde au devenit tot mai pronunțate în structura instituțională.

În ceea ce privește obligația de diligență și prudență, obiectivul normelor legale este ghidarea administratorilor de a acționa cu silință și grijă, însă prin oferirea unui spațiu de acțiune larg, pentru a evita continua lor preocupare de asumarea riscurilor sau de angajarea răspunderii pentru deciziile luate. Prin aplicarea regulii judecății de afaceri, răspunderea va fi angajată doar în urma constatării unor diferențe majore între conduita concretă și conduita diligentă impusă. În cazul neîndeplinirii condițiilor de aplicabilitate a regulii, prin aplicarea probei corectitudinii și a echității, instanțele vor angaja răspunderea administratorilor pentru judecățile defectuoase doar atunci când decizia de afaceri promovează un interes

¹¹⁸ O posibilă analogie ar fi consultanța juridică, un avocat prudent își va consilia mandantul să urmeze o anumită cale de acțiune, urmând în general calea standardelor de conduită. În aceeași manieră, codurile de conduită adoptate de marile corporații sunt aproape întotdeauna fundamentate pe standardele de conduită, iar nu pe standardele de evaluare. A se vedea de exemplu Codul de conduită al grupului OMV-Petrom România <https://www.omvpetrom.com/services/downloads/00/omvpetrom.com/1522139562928/codul-de-conduit-> [accesat la data de 12.01.2019]

personal sau este de rea-credință, dacă mandatarul nu s-a informat corespunzător sau dacă judecata de afaceri este atât de defectuoasă, încât poate fi caracterizată ca fiind irațională.

Spre deosebire de analiza obligației de diligență și prudență, standardele de conduită și standardele de evaluare ale obligației de loialitate prezintă relevanță practică doar dacă respectiva decizie a fost aprobată de către un organ societar independent. Din această perspectivă, standardele de conduită referitoare la îndeplinirea obligației de loialitate se vor bifurca în două direcții. Primul element constă într-o acțiune sau o inacțiune a administratorului, iar actul de aprobare a primei acțiuni de către un organ independent al societății, precum consiliul de administrație sau adunarea generală a acționarilor, reprezintă al doilea element¹¹⁹. Așadar, standardul legal de conduită este unul complex, impunând obligații atât în sarcina persoanei care ia decizia, cât și a organului societar care aprobă decizia, ultimul standard fiind mai cuprinzător. Organul societar care aprobă sau infirmă decizia de afaceri trebuie să aibă în vedere acțiunea administratorului prin prisma standardului de conduită care guvernează obligația de loialitate. În plus, cei care aprobă sau infirmă o decizie de afaceri se supun în luarea acestei decizii obligației de diligență și prudență și standardului de conduită aferent acestei obligații. Aprobarea sau infirmarea deciziei de afaceri, de această dată de către consiliul de administrație, de acționari sau de către instanță, va produce efecte doar dacă se dovedește că acțiunea sau conduita mandatarului îndeplinește standardul de evaluare relevant prin prisma aprobării primite. În cazul obligației de loialitate, standardele de evaluare reflectă două valori paralele, respectiv respectul pentru autonomia instituțională a societății și preocuparea pentru caracterul obiectiv și informat al organului care aprobă decizia de afaceri.

O altă diferență dintre standardele de conduită și standardele de evaluare, specifică guvernantei corporative, poate fi explicată de nivelul diferit de informare al diferitelor persoane. Am demonstrat că standardele de conduită aplicabile în dreptul societar sunt destinate în principal actorilor care îndeplinesc conduita primară, de la care așteptarea rezonabilă este să depună eforturi pentru a fi informați sau să obțină consiliere de specialitate.

¹¹⁹ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 81, p. 465.

Standardele de evaluare sunt destinate organelor cu putere de decizie și de aprobare a deciziilor de afaceri, cum ar fi acționarii și consiliul de administrație, ori instanțele. Destinatarii diferiți ai aplicării celor două standarde explică de altfel și complexitatea formulării și aplicării standardelor de evaluare. Din aceste rațiuni, apreciem că standardele de conduită ar trebui formulate de legiuitori, prin codurile de guvernare și de normele interne ale societății într-o manieră simplă și ușor de comunicat, într-o manieră care să reflecte normele conduitei corespunzătoare și care să fie ușor de absorbit de personalul executiv care nu cunoaște legea în detaliu.

33. Ultima justificare a separației standardelor de conduită și a standardelor de evaluare pe care alegem să o detaliem, este cea mai actuală considerație avută în vedere de jurisprudență, deși este totodată cea mai veche, fiind menționată într-o motivare în anul 1924¹²⁰. Având în vedere faptul că acționarii au la îndemână opțiunea numirii, înlocuirii și revocării administratorilor pentru îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor sau pentru performanțe scăzute, evaluarea judiciară își pierde din valoare. Dacă acționarii consideră că administratorii de bună-credință au acționat în mod nerezonabil, „regretul lor *ex post* că nu au numit *ex ante* alți membri în consiliul de administrație nu reprezintă o justificare solidă pentru angajarea răspunderii administratorilor și solicitarea de daune”. Încă de la începutul secolului XX exista tendința rezervării intervenției organelor de judecată pentru situațiile în care se dovedește lipsa caracterului loial, respectiv o funcție pe care acționarii nu o pot exercita în mod corespunzător prin exercitiul dreptului de vot¹²¹. Administratorii sunt consilieri generali ai afacerii, și nu „specialiști, ca medicii sau avocații, și ar fi împotriva spiritului legii ca ei să răspundă în cazul în care își exercită aceste abilități în mod loial”¹²². Jurisprudența timpurie subliniază faptul că și acționarii ar trebui să dea dovadă de o judecată rațională, prin acceptarea proiectelor de investiții deschise societății, inclusiv asumarea riscurilor care au o rată de succes mai puțin probabilă. Acționarii nu ar trebui să își dorească administratori care se tem de asumarea riscurilor, deoarece prin „devierea de la acceptarea rațională

¹²⁰ Cauza *Barnes v. Andrews*, 298 F. 614, Curtea Supremă din New York, 1924, pct. 616.

¹²¹ A se vedea Allen, W. T., *op.cit. supra* 97, p. 456.

¹²² A se vedea Cauza *Barnes*, *supra* 120, pct. 618.

a riscurilor comerciale prin autorizarea unei investiții riscante, administratorii își vor asuma personal un risc suplimentar în ceea ce privește pretențiile *ex post facto* pentru posibilele pierderi pe care le poate suferi societatea”¹²³.

Atunci când se pune problema evaluării substanței deciziei de afaceri pentru raționamente de diligență și prudență, standardul judecății de afaceri va avea ca efect imediat blocarea evaluării deciziei de afaceri¹²⁴, noțiunea de evaluare a diligenței și prudenței deciziei fiind străină regulii judecății de afaceri, iar evaluarea devine o pură verificare a procesului decizional¹²⁵. Doar în situația în care regula judecății de afaceri nu este aplicabilă sau pârâțul nu a îndeplinit condițiile acesteia, se va aplica un standard de evaluare substanțial, al evaluării caracterului *rațional* al deciziei de afaceri. Formularea din cauza *Disney (Brehm v. Eisner)* a rămas celebră în doctrina de *common law*, respectiv recunoașterea standardului neglijenței grave aplicabil în evaluarea obligației de diligență și prudență este din punct de vedere funcțional o substituie a standardului caracterului rațional al regulii judecății de afaceri. Această evoluție a fost în general constantă, regula fiind în prezent aplicarea standardului de evaluare a neglijenței grave.

În mod ideal, persoanele cu putere de decizie acționează în mod rațional în baza unei informări complete, dar în realitate, majoritatea deciziilor nu sunt luate în cunoștință de cauză absolută a tuturor aspectelor relevante, ci în baza unor informații limitate, care afectează caracterul rațional al deciziei. Doctrina se referă în aceste cazuri nu doar la informațiile necesare pentru luarea unei decizii de afaceri concrete, dar și la cunoștințele legale limitate ale administratorilor societari¹²⁶. Din aceste considerente

¹²³ Cauza *Gagliardi v. Trifoods Intl. Inc.*, 683 A.2d 1049, Delaware Court of Chancery, 1996.

¹²⁴ Johnson, L.: *The Modest Business Judgment Rule*, Washington and Lee University School of Law – Business Law Review nr. 55/2000, p. 627.

¹²⁵ Cauza *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, Curtea Supremă din Delaware, 2000, pct. 244.

¹²⁶ Ulen, S. T.: *Cognitive imperfections and the Economic Analysis of Law*, Hamline Law Review nr. 12/1989, pp. 385-386. Standardele de conduită din dreptul societar se adresează în principal persoanelor cu „conduita primară”, de la care nu se poate aștepta în mod rezonabil să cunoască totalitatea normelor dreptului comercial sau de a solicita consultanță legală pentru fiecare decizie luată în cadrul societății. Din punct de vedere practic, mesaje complexe transmise de lege vor fi mai greu primite, percepute și internalizate de administratori, având în vedere dinamismul dreptului societăților și a volumului de muncă și de proiecte care caracterizează societățile din ziua de astăzi.

susținem faptul că standardele de conduită transmise de lege trebuie să fie clare și simple, comunicate în mod eficient, și să reflecte valori sociale și de afaceri intuitive, pe care actorii să le internalizeze fără a fi nevoie să cunoască în detaliu dreptul afacerilor. În schimb, standardele de evaluare se adresează organelor care aprobă deciziile de afaceri și instanțelor, acestea cunoscând legea aplicabilă sau fiind în poziția de a obține instruirea necesară pentru evaluarea deciziei de afaceri supusă aprobării. Prin urmare, standardele de evaluare pot fi fundamentate pe propuneri sociale diferite față de normele de dreptul societar și pot fi formulate într-o manieră mai complexă decât standardele de conduită. Spre exemplu, standardele de evaluare devin foarte complexe în situațiile în care decizia de afaceri vizează blocarea unei preluări abuzive, sau decizia de respingere a unei acțiuni în răspundere promovată de societate. Spre deosebire de deciziile obișnuite de afaceri, deciziile complexe sunt în general luate în urma unei consultanțe economice și legale mai amănunțite, deoarece riscul declanșării unui litigiu este foarte ridicat.

6. Mandatul administratorului societar în dreptul român

34. În ultimele două decenii, dreptul societar român a parcurs o etapă în care a încercat să păstreze un echilibru între procesul de armonizare europeană și conservarea tradiției juridice. Importurile legislative din alte state membre ale UE și influențele dreptului corporativ american au contribuit la convergența legislației spre tendința europeană din dreptul societăților. Reticența legiuitorului de a interveni puternic în legislația societăților cu răspundere limitată a luat sfârșit la momentul intrării în vigoare a (Noului) Cod Civil care, deși reprezintă dreptul comun în materia societăților, include dispoziții mai comprehensive decât legislația specială în ceea ce privește mandatul administratorului. Codul Civil prevede expres faptul că textul său reprezintă dreptul comun și că este aplicabil tuturor formelor de organizare a societăților¹²⁷, însă utilitatea dispozițiilor sale se observă în special în ceea ce privește completarea normelor cu privire la

¹²⁷ Art. 1887 Cod Civil, art. 139 alin. 1 din Legea de aplicare a NCC nr. 71/2011. Dacă nu se face o altă mențiune, textele de lege ale Codului Civil din prezenta lucrare se referă la Noul Cod Civil, Legea nr. 287/2009.

societățile cu răspundere limitată (SRL). Societățile pe acțiuni (SA) de tip deschis sunt acoperite în mod exhaustiv de legislația *sui generis*, astfel încât dreptul comun este rareori aplicabil.

Modernizarea dreptului societar în România a avut loc nu doar prin adoptarea Codului Civil și a abrogării Codului Comercial, dar și prin modificările succesive aduse *Legii Societăților Comerciale* nr. 31/1990, republicată, în prezent, *Legea societăților*¹²⁸. Separarea funcțiilor de direcție (autoritate) și de control, stabilitatea funcțiilor membrilor directoratului, importanța acordată membrilor directoratului sunt doar câteva exemple. Începând cu anul 2006, societățile pe acțiuni beneficiază încă de la constituire de dreptul de opțiune între administrarea în sistem unitar și cea în sistem dualist. Acest răspuns al legiuitorului la principiile guvernării corporative adoptate de OECD¹²⁹ este un pas categoric spre sporirea atribuțiilor decizionale ale executivului și a încrederii oferite administratorilor de acțiunea în mod independent¹³⁰.

Deși normele societare care reglementează mandatul administratorilor sunt clare și previzibile, acestea sunt uneori greu de coroborat datorită numeroaselor trimiteri ale legislației speciale la dreptul comun. În urma studiilor comparative, am arătat că România se află printre puținele jurisdicții europene care au reglementat atât obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate a administratorilor, cât și regula judecătii de afaceri într-o manieră apropiată instituțiilor originale din jurisprudența de *common law*, integrând aceste concepte în reglementări simple și pe care le considerăm în mare parte eficiente.

¹²⁸ Modificare introdusă prin art. 18 pct. 31 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de Procedură Civilă.

¹²⁹ *Enterprise Policy Performance Assessment, raport OECE pentru România, ianuarie 2005*. <http://www.oecd.org/countries/romania/35443466.pdf> [accesat la data de 11.04.2018].

¹³⁰ Totuși, inițiativa legiuitorului nu a fost salutăată cu entuziasm pe piața românească. Originar din modelul german, sistemul dualist nu este apropiat principiilor dreptului de sorginte franceză. Ca dovadă, această formă de administrare nu a avut succes nici în Franța, datorită complicațiilor implicate, cum ar fi obligația de a apela la un serviciu de audit financiar extern și necesitatea menționării acestei forme de administrare pe toate documentele emise de societate. Anumite societăți pe acțiuni din România au optat între timp pentru sistemul de board dual, de exemplu ING România, Transelectrica, SIF Transilvania, OMV România.

35. O teorie confirmată în România este aceea conform căreia, predominanța tradițiilor în domeniul dreptului societar inhibă evoluția legislativă, iar standardizarea formelor societare limitează dezvoltarea formelor inovatoare sau hibride. Indiferent de natura greoaie sau chiar de ineficiența dispozițiilor standard, acționarii și asociații preferă să rămână fideli normelor juridice, costurilor reduse și structurilor familiare¹³¹.

Ne punem întrebarea dacă lipsa creativității legiuitorului român reprezintă un obstacol în calea evoluției sau opțiunea de a nu brusca tradiția juridică și de a conserva regulile și cutumele încetățenite în comportamentul profesioniștilor, dar care se vor completa cu diferite transplante juridice¹³². Se pare că România se înscrie în graficul european. Studii despre psihologia profesioniștilor arată că o legislație previzibilă facilitează constituirea societăților cu capitaluri mici, iar piața europeană preferă seturi de reguli distincte și clare pentru fiecare formă societară, pentru a-și putea defini așteptările concrete de la organele de administrare¹³³.

Obligațiile legale sunt inerente funcției de administrator și determină din punct de vedere organic această funcție. Aceste obligații sunt regăsite în Codul Civil, Legea societăților nr. 31/1990, Legea nr. 297/2004 privind piața de capital și nu în ultimul rând, în statutul societății. Obligațiile legale nu sunt de natura contractului de mandat, ci, fiind formulate de legiuitor sau de părți într-o manieră tehnică și concretă, sunt de esența funcției de administrare a societății. Deși aceste norme sunt consecința ordinii publice interne a societății¹³⁴, scopul obligațiilor statutare este protecția societății și a acționarilor sau a asociaților, și mai puțin protecția administratorului. În contextul reformei legislative a dreptului societar din anul 2006, legiuitorul român a optat pentru modelul specific *common-law*-ului britanic și american,

¹³¹ Becht, M., Mayer, C., Wagner, H.: *Corporate Mobility and the Cost of Regulation*, ECGI Law working paper nr. 70/2006, p. 36.

¹³² Siems, M.: *Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre: ein Beitrag zur vergleichenden Corporate Governance in Zeiten der Globalisierung*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 331 și McCahery J. A., Vermeulen, E. M., Masato, H.: *Traditional and innovative approaches to legal reform: The New Company Law*, Rieti Discussion Paper Series nr. 07-E-033, 2006, p. 3.

¹³³ A se vedea Becht, M. et al., *supra* 131, pp. 8-10. „Cambridge Theory” susține că, spre deosebire de dreptul continental, SUA și Asia preferă să corecteze eșecurile pieței prin inovații și riscuri legislative.

¹³⁴ A se vedea Catană, R. N., *supra* 34, p. 170.

respectiv abordarea celor două categorii ale obligațiilor administratorilor societari și introducerea distincției între obligații fiduciare (*fiduciary duties*) și obligații legale și statutare (*statutory duties*)¹³⁵. Prin modificările succesive, legiuitorul încearcă reglementarea exercitării concrete a acestor obligații teoretice prin definirea caracterului lor fiduciar.

Doctrina română a definit guvernanța corporativă ca fiind ansamblul mecanismelor prezente în sistemul de administrare și de control al societăților, un sistem de „drepturi, operațiuni și verificări”, instituit cu scopul de a proteja acționarii și investitorii și de a asigura răspunderea administratorilor față de acționari. Guvernanța corporativă cuprinde ansamblul relațiilor existente între societate, acționari, membri ai organelor de conducere și investitori în sens larg, respectiv furnizori, creditori, comunitate, clienți, angajați¹³⁶.

Fără a anticipa aspectele teoretice expuse pe larg în capitolele II și III, acest capitol va introduce obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate în dreptul național, prin raportarea normelor din Legea societăților la dispozițiile aplicabile din dreptul comun. Urmărind elementele contractului de mandat, vom identifica aspectele relevante ale dispozițiilor Codului Civil, inclusiv ale gestiunii de afaceri și ale administrării bunului altuia, pentru a contura natura mandatului administratorului societar. În urma analizei mandatului aparent și a depășirii limitelor mandatului de către administratori, vom putea expune în următoarele capitole diferențele dintre standardul evaluării administratorilor SRL și SA.

6.1. *Natura contractului de administrare*

36. Doctrina română a dezbătut natura contractului încheiat între societate și administrator, respectiv, dacă prezenta calificare ca un contract nenumit creează exigența reglementării sale exprese în Legea societăților¹³⁷. În consens cu dispozițiile art. 1168 Cod Civil și cu regula de trimitere

¹³⁵ Catană, R. N.: *Obligația de diligență și prudență a administratorilor în contextul reformei Dreptului Societăților Comerciale*, Pandectele Române nr. 3/2006, p. 188.

¹³⁶ A se vedea Piperea, Gh.: *Guvernanța corporativă. Partea I*, Pandectele Române nr. 2/2004, pp. 146-147. Autorul utilizează noțiunea de „guvernanță corporativă”.

¹³⁷ Prescure, T., Teodorescu, B.: *Despre natura juridică a contractului de administrare dintre o societate comercială și administratorii acesteia*, RRDA nr. 4/2017, p. 43.

prevăzută de art. 209 alin. 3 Cod Civil, dispozițiile art. 72 al Legii 31/1990 (LS) prevăd expres aplicabilitatea dispozițiilor referitoare la contractul de mandat și cele ale legii speciale în ceea ce privește regimul obligațiilor și al răspunderii administratorilor. Doctrina este unitară cu privire la calificarea acestui raport juridic analog unui contract de mandat comercial, natura contractual-fiduciară a raportului juridic nefiind dezbătută, în ciuda reticenței doctrinei de a utiliza termenul de mandat „comercial”.

Regulile generale ale administrării bunurilor altora, care sunt aplicabile potrivit art. 792 alin. 3 și art. 794 Cod Civil doar dacă legea, actul constitutiv sau împrejurările concrete nu impun aplicarea unui alt regim juridic de administrare, nu se dovedesc utile în interpretarea contractului de administrare. Suportul oferit de reglementarea de drept comun nu este însă redundantă, natura contractului de administrare nedefinit de legea specială fiind fundamentată pe principiul gestiunii afacerilor altuia, coroborată cu noțiunea reprezentării inerentă contractului de mandat, cu care acest contract nenumit se aseamănă cel mai mult prin prisma textelor legale amintite¹³⁸. Având în vedere conținutul dispozițiilor legale actuale din art. 2009 Cod Civil, care spre deosebire de reglementarea anterioară din art. 1532 Cod Civil 1864, se referă strict la activitatea de încheiere a unor acte juridice de către mandatar pe seama reprezentantului, doctrina sugerează că natura cuprinzătoare și multilaterală a funcției fiduciare a administratorului nu este îndeșulător reflectată de dispozițiile referitoare la contractul de mandat. În ciuda aplicabilității dispozițiilor legii speciale, regulile generale au valoare de principiu pentru analiza oricărei administrări a unui patrimoniu străin.

Datorită amplitudinii deosebite a funcției de reprezentare pe care a dobândit-o administratorul în prezent, dar și a „filtrului principiilor

¹³⁸ Instituția administrării bunurilor altuia din dreptul român este o preluare fidelă a Codului Civil Quebec, a cărei prevedere a fost justificată de incapacitatea contractului de mandat de a acoperi toate fațetele administrării bunurilor altuia, cu precădere în ceea ce privește administrarea societăților. Legiuitorul din Quebec a optat pentru evitarea reglementării fragmentare a acestei instituții prin convergența dispozițiilor privitoare la mandat, fiducie, gestiune de afaceri, contract de agenție. Pentru detalii cu privire la importul acestei instituții din Codul Civil Quebec, a se vedea Angheni, M.: *Natura juridică și fundamentul administrării bunurilor altuia*, Curierul Judiciar nr. 5/2014, pp. 253-255.

moderne ale guvernanței corporative”¹³⁹ care conferă contractului de administrare caractere specializate și particulare, doctrina română contemporană sugerează o desprindere a acestui tip de contract de mandatul clasic și promovarea autonomiei acestuia sub forma unui contract numit.

37. Dispozițiile referitoare la administrarea bunurilor altuia nu trimit în mod expres la regulile contractului de mandat. Din cuprinsul art. 796 și urm. Cod Civil se reține că în cazul administrării simple, administratorul este obligat să efectueze tot ceea ce este necesar pentru conservarea bunurilor și să efectueze actele utile pentru folosirea bunurilor potrivit destinației lor obișnuite. În cazul administrării depline, el are îndatoriri suplimentare, precum conservarea și exploatarea profitabilă a bunurilor, sporirea patrimoniului sau realizarea afecțiunii masei patrimoniale, în măsura în care aceasta este în interesul beneficiarului. Esența obligațiilor administratorilor este preluată prin filtrul art. 209 alin. 2 Cod Civil în cuprinsul legii speciale, care absoarbe obligația administratorilor de a conserva, de a exploata profitabil bunurile persoanei juridice, de a îndeplini afecțiunea masei patrimoniale și de a obține profit din gestiunea acesteia, cu adaptarea regimului răspunderii.

38. Este de necontestat faptul că structura contractului de mandat reflectă în cea mai potrivită manieră raportul juridic dintre administrator și societate/acționari (asociați), o relație fundamentată pe încredere. Doctrina a admis consolidarea teoriei mandatarului în raportul juridic menționat, prin reglementarea expresă a obligațiilor fiduciare, deoarece astfel „se oferă o viziune contractuală întreprinderii”, și administrația reprezintă „un veritabil nod de contracte” care conexează ansamblul relațiilor dintre *stakeholder*-i societății¹⁴⁰.

În ceea ce privește gestiunea economică, art. 799 alin. 3 Cod Civil conferă administratorului bunurilor altuia puteri mult mai vaste decât cele conferite mandatarului prin art. 2016 alin. 2 Cod Civil. În cazul administrării unui bun individual determinat, administratorul va putea înstrăina sau

¹³⁹ Prescure, T., Teodorescu, B., *art. precitat supra* 137, p. 48. Observăm că în formularea art. 144 ind. 1 alin. 6 din Legea nr. 31/1990, legiuitorul utilizează denumirea expresă de „contract de administrație”.

¹⁴⁰ A se vedea Piperea, Gh., *art. precitat supra* 136, p. 166 și teoria „*nexus of contracts*”, *infra* 151.

greva bunul numai cu autorizarea beneficiarului sau, după caz, a instanței judecătorești, însă administratorul unei mase patrimoniale are dreptul să încheie acte de dispoziție cu privire la un bun determinat pentru buna administrare a universalității. Aceeași abordare se poate observa cu privire la puterile conferite administratorului societar prin dispozițiile legale care derogă de la principiile de drept comun ale contractului de mandat. Potrivit art. 2017 alin. 1 Cod Civil, mandatarul nu poate depăși puterile conferite prin mandat în lipsa acordării unui nou mandat special în vederea încheierii unor acte de dispoziție.

Principiul simetriei formelor în materie de mandat subliniat de art. 1301 Cod Civil sancționează încălcarea formei ca *negotium* cu nulitatea absolută a actului încheiat. În ceea ce privește *instrumentum*, pentru încheierea unui act în formă autentică în numele reprezentantului, mandatul trebuie să fie dat tot în formă autentică. Dacă însă forma autentică este impusă doar prin convenția părților și nu reprezintă o condiție *ad validitatem*, paralelismul formelor nu mai are sens, iar puterile conferite printr-un mandat neautentic se pot extinde și cu privire la acte autentice. Potrivit dispozițiilor art. 70 ind. 1 LS, actele de dispoziție asupra bunurilor unei societăți pot fi încheiate în temeiul puterilor conferite reprezentanților legali fără a fi necesară o procură autentică în acest scop, chiar dacă actele de dispoziție trebuie încheiate în formă autentică¹⁴¹.

¹⁴¹ În varianta Legii societăților, anterioară anului 2008, lipsa mandatului special și autentic al administratorul societății era sancționată cu nulitatea absolută a actului de dispoziție. (Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1964/23.05.2007, comentată de Bob, M. D.: *Are nevoie de forma autentică hotărârea AGA pe baza căreia administratorul unei societăți comerciale consimte la o garanție ipotecară?*, RRDP nr. 1/2008). Conform art. 1536 alin. 2 Cod Civil 1864, îndeplinirea unui act de dispoziție de către mandatar era condiționată de existența unei procuri speciale, care să indice natura și obiectul operațiunii. Prin OUG nr. 52/2008, legiuitorul a introdus art. 70 ind. 1 în cuprinsul Legii societăților. *A se vedea și Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 731/05.03.2015, prin care instanța a reținut că actele de dispoziție asupra bunurilor societății se încheie de către reprezentanții legali în temeiul puterilor conferite, „nefiind necesară o procură specială și neimpunându-se ca procura să îmbrace forma autentică nici măcar în acele situații în care, potrivit legii, actele de dispoziție se încheie în mod obligatoriu în formă autentică”. Totuși, hotărâri contrare au apărut și ulterior schimbării legii, a se vedea Bodu, S. V.: *Legea societăților comentată și adnotată*, Ed. Rosetti, București, 2016 (Comentariu la art. 70 ind. 1 din Legea societăților).*

Trăsăturile contractului de administrare se desprind așadar prin raportare la dispozițiile dreptului comun referitoare la administrarea bunurilor altuia, gestiunea de afaceri, contractul de mandat și regulile general aplicabile contractelor. Contractul de administrare este un contract sinalagmatic, prin împrumutul caracteristicilor mandatului cu titlu oneros și a naturii juridice a obligațiilor sinalagmatice, interdependente, specifice instituției administrării bunurilor altuia și un contract cu caracter temporar. Este un contract consensual, forma scrisă fiind cerută doar *ad probationem*, și un contract *intuitu personae*, încheierea sa fiind justificată de încrederea dintre administrator și beneficiarul administrării, societatea. Mandatul administratorului societar, fiind conferit unui profesionist, se prezumă a fi întotdeauna cu titlu oneros¹⁴².

39. Pentru prima dată în dreptul român, legiuitorul a definit fiducia în Codul Civil 2011, preluând în art. 776 Cod Civil modelul francez¹⁴³ și limitând calitatea de fiduciar instituțiilor de credit, societăților de investiții și de administrare a investițiilor, societăților de servicii de investiții financiare, societăților de asigurare și reasigurare și unor profesii liberale precum avocații și notarii. În maniera pentru care a optat legiuitorul, fiducia este un contract numit, un contract solemn, poate fi comutativ sau aleatoriu. Aceste trăsături sunt atipice contractului de administrare, atât de similar contractului de mandat, și încărcat totuși cu aceleași obligații fiduciare. O altă diferență majoră care ne împiedică să asimilăm contractului de administrare prea multe elemente ale fiduciei este transmiterea unui drept patrimonial, aspect străin contractului de administrare, care împrumută elemente de la instituția administrării bunurilor altuia. Observăm însă natura comună a obligațiilor fiduciare specifice mandatului și fiduciei, justificate de caracterul profesionist al fiduciarului și al administratorului societar, caracter de esență relațiilor *intuitu personae* guvernate de aceste contracte. În vreme ce legiuitorul condiționează calitatea fiduciarului și constitutorul poate fi orice persoană¹⁴⁴, în cazul contractului de administrare, beneficiarul este întotdeauna o societate.

¹⁴² Terzea, V.: *Noul Cod Civil annotat cu doctrină și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2017. A se vedea și Trib. Ilfov, Decizia nr. 712/16.03.2016.

¹⁴³ Golub, S.: *Fiducia. Părțile și caracterele contractului de fiducie*, RRDA nr. 2/2017, pp. 60-62.

¹⁴⁴ Golub, S.: *Fiducia. Analiza definiției legale. Diferența specifică*, RRDA nr. 12/2016, p. 43.

6.2. Puterea de reprezentare

40. În concepția Codului Civil prevalează ideea de natură contractuală a mandatului în detrimentul normelor imperative și a rigidității reglementării anterioare. Reprezentarea devine în mod indubitabil un element intrinsec al administrării în baza contractului de mandat, potrivit reglementării exprese a art. 2012 Cod Civil. Sub reglementarea Codului Civil din 1864, mecanismul juridic al reprezentării se explica doctrinar plecând de la efectele contractului de mandat clasic, care prin natura sa era un contract care prezuma reprezentarea. Prin preluarea reglementărilor anterioare din Decretul nr. 31/1954 referitoare la reprezentare, legiuitorul nu doar că a adaptat caracterele reprezentării realităților actuale, dar a contribuit și la lărgirea puterilor de reprezentare și gestiune ale administratorului. O modificare care accentuează ideea mandatului cu reprezentare este aceea că membrii directoratului sau administratorii unei societăți pe acțiuni nu pot avea calitatea de salariați ai societății pe perioada executării mandatului, funcție incompatibilă cu instituția mandatului, conferit *intuitu personae*.

Flexibilitatea decizională este dată și de dreptul de reprezentare care aparține de regulă fiecărui administrator¹⁴⁵, afară de stipulație contrară în actul constitutiv, decizii care sunt apreciate *in concreto*. În contrapartidă, administratorii răspund personal și solidar pentru daunele pricinuite societății¹⁴⁶. Accentul pe această încredere dată personal este susținut de interdicția transmiterii calității de administrator fără acordul asociaților, administratorul răspunzând personal pentru încălcarea acestei dispoziții. Varianta inițială a Legii societăților din anul 1990 prevedea expres faptul că societatea nu se obligă în nici un fel pentru terți, dar prin evoluția instituției mandatului aparent, jurisprudența actuală tinde spre repararea prejudiciului de către societate și a exercitării ulterioare a dreptului de regres împotriva

¹⁴⁵ „Dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, în afară de stipulație contrară în actul constitutiv. O astfel de stipulație trebuie privită în conjuncție cu regula de la art. 55 alin. (1) din Legea societăților, astfel că o eventuală reprezentare colectivă nu este opozabilă terților de bună-credință nici chiar când este prevăzută în actul constitutiv” (Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 3990/2012).

¹⁴⁶ Art. 73 alin. 1, art. 198 alin. 2 din Legea nr. 31/1990.

administratorului. Și în acest caz, Codul Civil lărgeste cadrul prevederilor mai stricte ale legislației speciale prin oferirea posibilității substituirii în anumite situații cu caracter urgent sau în condiții excepționale cu obligația înștiințării mandantului de îndată¹⁴⁷.

Potrivit art. 1914 Cod Civil, administratorii au dreptul de a încheia toate actele ce se impun pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății, „în absența opoziției asociaților”, iar potrivit art. 218 Cod Civil, actele făcute de organele de administrare în limitele puterilor ce le-au fost conferite sunt actele persoanei juridice înseși și obligă persoana juridică însăși, chiar dacă aceste acte depășesc puterea de reprezentare conferită administratorului. Apreciem că intenția legiuitorului este evident aceea de a sublinia caracterul excepțional al răspunderii directe a administratorilor față de terți, un administrator având dreptul și obligația de a lua decizii înțelepte referitoare la „toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății, afară de restricțiile arătate în actul constitutiv”¹⁴⁸. Indiferent de natura civilă sau comercială a mandatului, acesta se întinde și asupra tuturor actelor necesare executării lui, chiar dacă nu sunt precizate în mod expres, inovația interpretării fiind relevată de prevederile art. 2017 Cod Civil¹⁴⁹, dispoziție completată de art. 802 Cod Civil.

41. Printr-o reglementare adaptată circuitului civil și pieței de afaceri, legiuitorul admite faptul că administratorul este nevoit să se abată uneori de la instrucțiunile primite, iar judecata sa de afaceri este provocată. Apreciem coroborarea acestor prevederi legale ca unul dintre cele mai bune exemple de modernizare a dispozițiilor reprezentării prin sporirea încrederii în capacitățile decizionale ale administratorului. Administratorii datorează astfel obligațiile statutare și fiduciare societății, și mai puțin acționarilor, care sunt protejați prin reglementarea acțiunii în răspundere contra membrilor

¹⁴⁷ Evoluția instituției substituirii mandatarului se poate observa prin compararea prevederilor art. 2023 Cod Civil cu reglementarea art. 1542 Cod Civil 1864 și art. 71 din Legea nr. 31/1990 cu art. 41 din varianta inițială a Legii.

¹⁴⁸ Art. 219 Cod Civil coroborat cu art. 70 din Legea nr. 31/1990.

¹⁴⁹ Reglementarea anterioară, art. 1537 Cod Civil 1864, prevedea faptul că „mandatarul nu poate face nimic afară din limitele mandatului său. Facultatea de a face o tranzacție cuprinde pe aceea de a face un compromis”.

administrației. Potrivit dreptului român, administratorul reprezintă acționarii, însă caracteristica principală a mandatului este exercitarea unor puteri proprii, legea atribuind acționarilor și mandatarului competențe distincte.

Principiul exercitării atribuțiilor în interesul persoanei juridice, și nu a asociaților sau a acționarilor, subliniază faptul că obligațiile fiduciare sunt datorate în principal societății. Relația fiduciară între administratori și acționarii sau asociații care i-au numit se transformă într-un raport juridic între administratori și societate, iar aceștia nu mai sunt reprezentanții celor care i-au votat, ci reprezentanții persoanei juridice¹⁵⁰.

Numirea și revocarea administratorilor de către asociați/acționari reprezintă o putere legală conferită acestora, independentă de contractul de mandat. Conform teoriei britanice *nexus of contracts*¹⁵¹, administratorul nu este mandatarul societății, ci reprezintă însăși societatea, fiind un organ fără de care entitatea nu ar putea exista. Deși nu ne alăturăm acestei viziuni a creării și existenței unei societăți, apreciem că încheierea contractului de mandat nu este decât îmbrăcarea relației dintre societate și administrator într-o haină juridică corespunzătoare prin caracteristicile relației dintre părți, însă legătura dintre administrator și societate rămâne una organică, guvernată de principiile separației dintre putere și control¹⁵². Un exemplu în acest sens este faptul că, în caz de încetare a mandatului, stingerea obligațiilor mandatarului nu poate fi spontană, ci potrivit art. 2030 Cod Civil, mandatul nu încetează imediat în cazul în care acesta a fost dat pentru desfășurarea unei activități cu caracter de continuitate.

Deși conținutul contractului de mandat este reglementat mult mai detaliat în Codul Civil, deopotrivă prin norme imperative și prin norme supletive, noua formulă dorește crearea unui raport juridic orizontal, susținut de ideea obligațiilor fiduciare și încurajat de caracterul *intuitu personae*. În completarea obligațiilor legale și statutare de la care mandatarul

¹⁵⁰ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 144 ind.1 din Legea societăților).

¹⁵¹ Bainbridge, S. M.: *The Board of Directors as a Nexus of contracts: A critique of Gulati, Klein and Zolt's Connected Contracts Model*, University of California, Los Angeles School of Law Research Paper nr. 02-05/2002. Teoria *Nexus of contracts* este o idee lansată de un grup de juriști și economiști, care susțin că societatea nu este nimic altceva decât o colecție de contracte între diferite părți, acționari, administratori, angajați, clienți și furnizori.

¹⁵² A se vedea Catană, R. N., *op. cit. supra* 34, pp. 165-166.

nu se poate abate, modul concret de executare a mandatului dobândește flexibilitate și se încearcă acordarea de cât mai mult credit judecătii de afaceri a administratorului și a capacității decizionale a acestuia.

Structurile societăților din România prevăd suficiente posibilități ale acționarilor și asociaților de a controla administratorii, cea mai importantă pârghie fiind numirea și revocarea lor aproape discreționară. Cei care dețin societatea nu au nevoie de alte mecanisme de control sau de influență, cu atât mai puțin în cazul SRL, unde efectul *intuitu persoane* este mult mai pronunțat, dar nici în cazul SA administrate în sistem dualist, care conferă celor care dețin puterea mecanisme interne de control perfecționate. Prin conturarea regulilor referitoare la conflictul de interese, reforma tinde spre transformarea rolului de reprezentare a mandatarului într-un rol decizional categoric, cu capacitate de a lua decizii și de a le implementa¹⁵³.

Instituția reprezentării a fost privită în doctrină ca o derogare aparentă de la principiul relativității efectelor contractului¹⁵⁴. Fundamentul acestei construcții reprezintă o ficțiune juridică, prin care actul este încheiat cu însuși titularul dreptului, reprezentat printr-un mesager care exprimă voința persoanei reprezentate. În viziunea actuală, reprezentantul nu mai este un simplu mesager, ci el își exprimă un consimțământ propriu în momentul încheierii actului, ceea ce determină ca orice viciu de consimțământ să afecteze voința acestuia.

Membrii organelor de conducere reprezintă societatea în baza unui mandat general, care poate fi uneori limitat, în situația încheierii unor acte de o valoare sau de o importanță ridicată, printr-o formulare legală sau statutară care nu mai permite reprezentanților societății să formuleze și să exprime voința acesteia fără alte formalități. În aceste cazuri, legea instituie exigența unui mandat special, prin care cei care dețin capitalul sunt chemați să își exprime voința cu privire la încheierea unor acte juridice deosebite, și

¹⁵³ În plus față de prevederile art. 1914 și 1918 Cod Civil, art. 1919 conferă administratorilor „cu drept de reprezentare” dreptul de a reprezenta societatea în fața instanțelor de judecată.

¹⁵⁴ Dumitrescu, H.: *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1363, (comentariu la art. 1295 Cod Civil), a se vedea și Popa, I.: *Contractul de mandat*, RRDP nr. 5/2016, p. 154 și referințele menționate de autor.

să exprime voința societății înainte ca aceasta să fie exercitată de reprezentanții ei.

42. În cazul SRL, legiuitorul nu a prevăzut limitări legale ale mandatului general conferit prin dispozițiile art. 70 alin. 1 LS, astfel încât eventualele limitări pot fi doar statutare. Din interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 142 alin. 1 LS, putem deduce că legiuitorul a ales să limiteze actele pe care le pot încheia administratorii prin formularea unor excepții rezervate AGA doar în cazul SA, fără a relua această prevedere în cazul SRL. În urma observării evoluției dreptului francez și în considerarea caracterului puternic *intuitu persone* al relațiilor dintre asociații SRL, doctrina română apreciază că legiuitorul a ales în mod voit să nu limiteze mandatul general al administratorilor SRL prin dispozițiile art. 55 alin. 2 LS, iar orice limitări statutare ale mandatului general nu vor fi opozabile terților, nici măcar dacă au fost publicate¹⁵⁵. În vreme ce dispozițiile dreptului comun referitoare la contractul de mandat îi protejează doar pe terți de bună-credință, legea specială nu face această distincție.

Clauzele actului constitutiv ori hotărârile organelor societăților prevăzute în art. 55 alin. 1 LS, care limitează puterile conferite de lege acestor organe, sunt inopozabile terților, chiar dacă au fost publicate. Așadar, societatea este angajată prin actele organelor sale în raporturile cu terții, chiar dacă aceste acte depășesc obiectul de activitate al societății, în afară de cazul în care ea dovedește că terții cunoșteau sau trebuiau să cunoască depășirea acestuia ori dacă actele astfel încheiate depășesc limitele puterilor legale ale organelor respective. Sancțiunea încheierii acestor acte este inopozabilitatea acestora față de terțul de bună-credință și, eventual, răspunderea membrilor organelor societare pentru daune. În mod simetric, art. 799 alin. 4 Cod Civil nu prevede invalidarea actului încheiat prin depășirea puterilor, ci atrage răspunderea administratorului și posibilitatea revocării. Potrivit art. 1309 Cod Civil, depășirea puterilor de reprezentare de către reprezentant sau încheierea unui act în lipsa unei împuterniciri valabile nu produce niciun efect între persoana reprezentată și terț la încheierea actului, deoarece se presupune că reprezentantul și-a exprimat propria voință și nu voința

¹⁵⁵ Bodu, S. V.: *Limitări și conflicte de interese la numirea și în exercitarea mandatului de administrator al unei societăți comerciale*, RRDA nr. 12/2015, p. 71.

reprezentatului. Pe de altă parte, validitatea actului juridic încheiat de mandatar cu depășirea puterilor încredințate este condiționată de ratificarea expresă de către mandant a acestui act, iar terțul de bună-credință nu poate opune mandantului efectele actului juridic încheiat cu mandatarul¹⁵⁶.

În cazul mandatului de drept comun, mandatarul poate uneori depăși limitele mandatului dacă îi este imposibil să îl înștiințeze în prealabil pe mandant și se prezumă că acesta ar fi aprobat abaterea dacă ar fi cunoscut împrejurările justificative. În baza aceluiași raționament, putem presupune că și mandatarul societar poate încheia în situații excepționale și de maximă urgență un act similar în beneficiul societății, dacă nu are posibilitatea îndeplinirii formalităților de convocare AGA. Dacă societatea nu înțelege să ratifice actul încheiat de reprezentant cu depășirea limitelor legale, ea are dreptul să invoce inopozabilitatea acestui act în fața terțului lipsit de bună-credință, iar în cazul unei limitări statutare, se aplică prevederile art. 55 alin. 1 LS. Din interpretarea art. 76 LS coroborat cu art. 197 alin. 3 LS, în ceea ce privește limitele mandatului acordat administratorului SRL, se poate deduce că legiuitorul a optat pentru norme dispozitive și permite derogarea convențională de la acestea prin actul constitutiv. Actul constitutiv are pentru asociați putere de lege conform art. 969 din Codul Civil¹⁵⁷ (1864), același principiu *pacta sunt servanda* fiind preluat prin dispozițiile art. 1270 NCC. Ne alăturăm opiniei doctrinare care susține că, în acest caz, sancțiunea cea mai potrivită ar fi inopozabilitatea actului, oferind astfel societății și opțiunea ratificării¹⁵⁸.

Subliniem faptul că mecanismul ratificării prevăzut de art. 1311-1312 Cod Civil nu se confundă cu confirmarea actului, care reprezintă renunțarea mandatarului la dreptul de a invoca nulitatea relativă a actului încheiat cu depășirea puterilor. Ratificarea produce efecte retroactive între părți, menținând față de terți efectele de la data încheierii actului și nu afectează

¹⁵⁶ A se vedea Prescure, T., Teodorescu, B., *art. precitat supra* 137, p. 56-57.

¹⁵⁷ C. Ap. București, secț. VI com., Decizia nr. 41/26.01.2007), a se vedea Cîrnu, I.: *Societate cu răspundere limitată. Administrare. Exercitarea mandatului în cazul pluralității de administratori. Natura juridică a normelor*, Revista Română de Jurisprudență nr. 1/2009.

¹⁵⁸ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 153 ind. 22 din Legea societăților). Deși legea nu prevede o sancțiune în acest sens, observăm că sancțiunea nulității relative este specifică doar cazurilor de conflict de interese la reprezentare.

eventualele vicii de consimțământ¹⁵⁹. Actele juridice încheiate în numele unei persoane juridice, cu depășirea limitelor mandatului sau în lipsa acestuia, pot fi ratificate de mandant, iar ratificarea produce efecte retroactive încă de la data îndeplinirii respectivului act (*ratihabitio mandatur equiparatur*)¹⁶⁰. Totodată, terțul de bună-credință este protejat, iar reprezentantul răspunde potrivit art. 1310 Cod Civil pentru prejudiciile cauzate acestuia.

Înainte de a trece la dreptul de reprezentare în cazul SA, subliniem că în materia reprezentării SRL, dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, dacă nu se prevede altfel prin actul constitutiv¹⁶¹, ceea ce înseamnă că fiecare administrator exercită ambele categorii de atribuții, de gestiune a patrimoniului și de reprezentare, putând să încheie în numele societății orice acte juridice, în limitele legii, care să o angajeze în mod legal în raporturile cu terții. Astfel, este valabil actul încheiat cu bună-credință de un singur administrator, fără consimțământul celorlalți, chiar dacă potrivit actului constitutiv, aceștia trebuie să lucreze împreună și să ia decizii în unanimitate, de exemplu dacă prin actul său, administratorul a înstrăinat o parte din patrimoniul social pentru a achita datoriile societății ale căror scadențe erau depășite. Instanța apreciază în aceste cazuri că „în mod cert o plată voluntară a unei datorii presupune costuri mai reduse decât o plată silită”, astfel încât îndeplinirea cu bună-credință a obligațiilor asumate de societate față de creditori prin restituirea unor împrumuturi reprezintă evitarea unui prejudiciu viitor¹⁶².

43. Diferențierea dintre puterea de reprezentare, adică de a angaja societatea față de terți, și puterea de gestiune, adică de a administra societatea în ordinea internă a acesteia, este subliniată de *Directiva 2009/101/CE de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în înțelesul articolului 48 al doilea paragraf din tratat, pentru*

¹⁵⁹ A se vedea Popa, I., *art. precitat supra* 154, pp. 163-164.

¹⁶⁰ Trib. Arad, Decizia nr. 98/15.01.2014.

¹⁶¹ „Prezumția legală este aceea că fiecare administrator are puteri depline, iar faptul că există mai mulți administratori nu echivalează cu obligarea lor de a lua decizii sau de a efectua acte în numele societății cu unanimitate de voturi. În actul constitutiv al societății nu există o dispoziție în acest sens”. (C. Ap. Cluj, secț. II. civ., cont. adm. și fiscal, Decizia nr. 46/19.01.2015).

¹⁶² C. Ap. Cluj, secț. com., de cont. adm și fisc., Decizia civ. nr. 23/24.02.2010, având ca obiect acțiune în anulare.

protejarea intereselor asociațiilor sau terților. Din conținutul acestui act legislativ european, se deduc aceleași principii expuse și care au fost implementate de legiuitorul român, respectiv principiul inopozabilității față de terți a depășirii obiectului de activitate (art. 55 alin. 1 LS), principiul inopozabilității față de terții de bună-credință a limitărilor statutare sau convenționale ale puterilor organelor societății (art. 55 alin. 2 LS), principiul inopozabilității față de terții de bună-credință a neregularităților ivite cu ocazia numirii organelor sociale (art. 54 alin. 1 LS) și imposibilitatea societății de a opune terților nevalabilitatea unui act încheiat fără autorizarea organului său de reprezentare, potrivit ordinii interne a societății¹⁶³.

44. În cazul SA, reprezentarea se asigură prin consiliul de administrație, respectiv directorat, și anume prin acei membri ai acestor organe colegiale cărora li s-a conferit dreptul de semnătură în numele societății. În cazul sistemului unitar, dispozițiile art. 143 ind. 2 alin. 1 LS instituie prezumția relativă a calității de reprezentant al președintelui consiliului de administrație, dispoziție de la care se poate deroga prin actul constitutiv¹⁶⁴. În cazul societăților administrate în sistemul dualist, art. 153 ind. 3 alin. 2 LS prezumă reprezentarea colectivă¹⁶⁵.

Aprobarea încheierii actului de dispoziție variază în funcție de valoarea activelor SA și de sistemul de organizare. Prin încheierea unui act de dispoziție în limitele mandatului, în cazul societăților de tip închis se va aplica art. 153 ind. 22 LS, iar în cazul SA de tip deschis se va aplica art. 241 din Legea nr. 297/2004, cu considerarea valorilor precizate. Membrii consiliului de administrație și directorii SA care nu sunt admise la tranzacționare nu pot să încheie acte juridice în numele și pe seama societății, prin care să dobândească, să închirieze, să înstrăineze, să schimbe sau să

¹⁶³ Tec, L. M.: *Examenul jurisprudenței în materia reprezentării societății și răspunderii civile a administratorilor față de societate*, RRDA nr. 4/2016, p. 22, 28.

¹⁶⁴ „Existența unei prevederi exprese în statutul societății privitoare la delimitarea netă între atribuțiile și responsabilitățile directorului general și ale directorilor simpli (administratori), în sensul conferirii exclusive a atribuției de reprezentare a societății în raporturile cu terții și în justiție în favoarea directorului general, face să fie întemeiată excepția lipsei calității de reprezentant legal a administratorului care, cu încălcarea prevederilor statutare, a fost numit director general”. (Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 1393/08.04.2014).

¹⁶⁵ Bodu, S. V.: *Organul administrativ și reprezentarea legală a societății comerciale*, RRDA nr. 6/2017, p. 56.

constituie în garanție bunuri din patrimoniul societății a căror valoare depășește jumătate din valoarea contabilă a activelor societății la data încheierii actului juridic, decât cu aprobarea AGOA, care va decide cu majoritatea și cvorumul prevăzute de art. 115 alin. 1 și 2 LS. O intenție legislativă similară se observă în cazul SA de tip deschis, în cazul cărora, actele de dobândire, înstrăinare, schimb sau de constituire în garanție a unor active din categoria activelor imobilizate ale societății a căror valoare depășește, individual sau cumulat, pe durata unui exercițiu financiar, 20% din totalul activelor imobilizate, mai puțin creanțele, vor fi încheiate de administratorii sau directorii societății numai după aprobarea prealabilă de către AGEA. Deși art. 153 ind. 22 LS nu include și drepturile de creanță, doctrina le asimilează activelor societăților de tip închis¹⁶⁶. Această prevedere are valoarea unui mandat special, astfel încât AGA va trebui să ofere câte un mandat special pentru fiecare act de dispoziție menționat. În plus, efectele mandatului special se vor produce față de terții de bună-credință chiar dacă, după încheierea actului de dispoziție, hotărârea AGOA este anulată¹⁶⁷ sau revocată. Terții de bună-credință vor fi apărați de dispozițiile mandatului aparent din art. 1309 alin. 2 Cod Civil. Doctrina apreciază că administratorul va răspunde doar în cazul în care a contribuit în mod culpabil la nulitatea mandatului special, nu și în situația în care doar cunoștea cauza nulității acestuia. Excepție fac doar anumite acte de valoare mai ridicată, sau actele specifice activității comerciale care depășesc sfera actelor de administrare comune¹⁶⁸.

În complexitatea guvernancei corporative actuale, organele de conducere delegă anumite atribuții directorilor executivi, în afară de puterea de administrare și reprezentare a societății, care aparține directorului general. Puterea de reprezentare se manifestă însă și prin ceilalți directori, potrivit art. 153 ind. 3 alin. 3 LS, iar în cazul organelor de administrare colegiale, nu toți membrii au dreptul real de reprezentare a societății,

¹⁶⁶ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 153 ind. 22 din Legea societăților).

¹⁶⁷ Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1284/20.04/2010.

¹⁶⁸ În practică, instanțele aplică dispozițiile art. 153 ind. 22 LS în mod literal, astfel încât instanțele refuză aplicarea acestui text de lege pentru motive neindicate în mod limitativ, spre exemplu încheierea unei tranzacții potrivit art. 2267 coroborat cu art. 2016 alin. 2 Cod Civil. A se vedea Î.C.C.J., secț. com., Decizia. nr. 676/15.02/2011.

reprezentarea fiind de natura contractului de mandat, iar nu de esența acestuia¹⁶⁹. În lipsa unei stipulații contrare în actul constitutiv, consiliul de administrație reprezintă societatea prin președintele său, dispoziție nuanțată de art. 143 ind. 2 alin. 2 LS, care permite societăților să opteze pentru reprezentarea lor de către un singur administrator în mod individual. Având în vedere faptul că legea nu asociază în mod strâns calitatea de mandatar, deținută de toți administratorii, cu puterea de reprezentare, aceasta aparține exclusiv persoanelor care au dobândit-o prin actul constitutiv sau prin hotărârea adunării asociaților¹⁷⁰.

Încheierea unui act juridic cu depășirea limitelor legale de competență a organului de administrare este uneori sancționată în practică cu nulitatea absolută a actului juridic, pentru lipsa consimțământului și cauză ilicită¹⁷¹. Această situație presupune lipsa unui mandat special acordat de AGEA, ceea ce are ca efect încălcarea prevederilor art. 241 al Legii nr. 297/2004. Fiind o normă imperativă, nulitatea nu poate fi ratificată *ex post* de către acționari. În cazul SA administrată în sistem unitar care nu se supune obligației de auditare a situațiilor financiare și nu a delegat competența conducerii societății către unul sau mai mulți directori executivi, aprobarea este de competența consiliului de administrație. În cazul în care conducerea societății este asigurată de un director, potrivit art. 143 alin. 1 LS, competența îi revine acestuia, iar în cazul SA administrată în sistem dualist, competența revine directoratului¹⁷². Prin obligativitatea obținerii hotărârii AGEA, legiuitorul a urmărit protecția acționarilor față de anumite acte de dispoziție de o valoare ridicată, aceștia fiind chemați să se exprime cu privire la oportunitatea și necesitatea încheierii acestor operațiuni de mare anvergură¹⁷³.

¹⁶⁹ A se vedea Prescure, T., Teodorescu, B., *art. precitat supra* 137, p. 59.

¹⁷⁰ Tulească, L.: *Expirarea (duratei) mandatului administratorului societății (comerciale)*, RRDA nr. 8/2016, p. 71.

¹⁷¹ Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 2762/26.04.2014, pronunțată în dosar nr. 800/114/2012.

¹⁷² Călin, D., Maxim, Ș. D.: *Societate pe acțiuni. Lipsa consimțământului pentru încheierea unui act juridic, ca efect al depășirii limitelor legale ale mandatului administratorilor. Sancțiune*, RRDA nr. 2/2015, p. 133.

¹⁷³ Prin Decizia nr. 115/2010, Curtea Constituțională a confirmat aceste raționamente și intenția legiuitorului de a asigura cunoștința acționarilor despre măsurile administratorilor cu un grad ridicat de importanță.

45. Constatarea depășirii limitelor mandatului este de competența instanței de drept comun și nu poate avea loc în procedura necontencioasă de către judecătorul delegat de la Oficiul Național al Registrului Comerțului unde se realizează formele de publicitate¹⁷⁴. În jurisprudență s-a reținut că mandatul general acordat directorului general al unei sucursale include și dreptul sucursalei de a promova o acțiune în baza mandatului de reprezentare acordat pentru reprezentarea intereselor societății-mamă¹⁷⁵. În ceea ce privește luarea deciziilor prevăzute la art. 113 lit. b, c și f LS, legea permite delegarea de competență către consiliul de administrație, respectiv directorat, prin art. 114 alin. 1 LS, însă acest mandat nu poate fi transmis de către consiliul de administrație la directorii SA administrată în sistem unitar. Nu pot fi delegate stabilirea direcțiilor principale de activitate și de dezvoltare ale societății, stabilirea politicilor contabile și a sistemului de control financiar, precum și aprobarea planificării financiare, numirea și revocarea directorilor și stabilirea remunerației lor, supravegherea activității directorilor, pregătirea raportului anual, organizarea AGA și implementarea hotărârilor acesteia sau introducerea cererii pentru deschiderea procedurii insolvenței societății.

6.3. Mandatul aparent

46. Prin prevederile art. 72 LS, teoria mandatului aparent este extinsă în materie societară. Teoria mandatului aparent impune două condiții, în primul rând, să existe o aparență de mandat în comportamentul persoanei care creează aparența. În al doilea rând, această extindere involuntară a puterilor mandatarului prin crearea unei aparențe de mandatar are ca element corelativ buna-credință a terțului contractant, respectiv eroarea terțului sau credința sa în puterile mandatarului trebuie să fie legitimă¹⁷⁶.

¹⁷⁴ C. Ap. Craiova, secț. com., Decizia nr. 109/14.05.2009. A se vedea *Mandat special redactat în termeni generali. Depășirea limitelor mandatului. Nulitatea absolută. Competențele judecătorului delegat*, RRDA nr. 4/2012.

¹⁷⁵ Sucursală. *Mandat cu reprezentare acordat directorului acesteia pentru reprezentarea societății mamă*, RRDA nr. 11-12/2003 și C. Ap. București, secț. VI com., Decizia nr. 964/04.06.2003.

¹⁷⁶ *Banque Canadienne Nationale*, Bull. Cass. Ass. Plen nr. 2, Grands arrêts 267/1963. A se vedea Malaurie, Ph., Aynes, L., Gautier, P. Y.: *Les contrats spéciaux*, ediția a 3-a, Ed. Defrenois, Issy-les-Moulineaux, 2007, p. 315.

Prin acest mecanism se naște un drept de regres al societății împotriva mandatarului aparent.

Potrivit teoriei clasice, dacă mandatarul depășește limitele puterilor primite, iar terțul este în eroare cu privire la calitatea de reprezentant a mandatarului și încheie actul cu ideea eronată, dar scuzabilă, a puterii depline de reprezentare a mandatarului, va exista o aparență de reprezentare și actul încheiat va produce efecte în patrimoniul terțului de bună-credință¹⁷⁷. În doctrină s-a pus întrebarea utilității mandatului aparent în condițiile dispozițiilor legii speciale modificate ca urmare a reformei legislative din anul 2006 coroborate cu prevederile Codului Civil 2011¹⁷⁸. Potrivit dispozițiilor art. 55 alin. 2 LS, „clauzele actului constitutiv ori hotărârile organelor statutare ale societății care *limitează* puterile conferite de lege acestor organe sunt inopozabile terților, chiar dacă au fost publicate”, o dispoziție aplicabilă tuturor formelor societare și care oglindește dispozițiile art. 218 alin. 3 Cod Civil. Observăm că legea specială se referă doar la limitarea puterilor mandatarilor, în vreme ce Codul Civil menționează și extinderea puterilor și precizează, mai mult decât inopozabilitatea, chiar invaliditatea acestor clauze, deoarece acestea „sunt considerate nescrise”.

Dacă prevederile legii îl apără pe terțul de bună-credință numai în fața limitării statutare sau prin hotărâre AGA, *per a contrario*, toate limitările legale vor fi opozabile chiar și terțului de rea-credință, astfel încât societatea nu poate fi angajată prin actele care depășesc limitele legale ale puterilor conferite organelor sale. În consecință, societatea va putea fi angajată prin actele încheiate de organele sale cu încălcarea limitelor statutare ale puterilor conferite, un mecanism instituit de lege care are ca efect inopozabilitatea, pentru protecția terților, care uneori nu cunosc limitările „chiar dacă au fost publicate”¹⁷⁹. Uneori, protecția terților este conferită indiferent dacă aceștia

¹⁷⁷ „Depășirea puterilor de reprezentare nu poate fi opusă celui alt cocontractant pentru a se cere anularea actului, fiind culpa exclusivă a societății în lipsa de control asupra administrării sale proprii” (Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1826/24.05.2006).

¹⁷⁸ Todică, C.: *Dacă se poate angaja răspunderea administratorului societății comerciale față de terți în cazul actelor juridice încheiate cu depășirea limitelor statutare ale mandatului conferit? Inaplicabilitatea teoriei mandatului aparent*, Curierul Judiciar nr. 8/2012.

¹⁷⁹ „Chiar dacă, ipotetic vorbind, instanța ar aprecia că încheierea contractului depășește limitele mandatului acordat semnatarului [s.n. administrator SRL], contractele încheiate cu terții de bună-credință sunt valabile, și deci opozabile mandantului, deoarece singur acesta

sunt de bună sau de rea-credință¹⁸⁰, de exemplu prin omisiunea de a verifica limitele mandatului conferit administratorului, aceste limite nefiindu-le opozabile nici măcar prin îndeplinirea formelor de publicare, iar în caz de dubiu, vor prevala puterile conferite administratorului prin lege¹⁸¹. După cum am menționat, dacă societatea nu înțelege să ratifice actul încheiat de reprezentant cu depășirea limitelor legale, are dreptul să invoce inopozabilitatea acestui act în fața terțului lipsit de bună-credință.

47. În doctrină s-a pus întrebarea dacă expirarea duratei mandatului administratorului determină încetarea mandatului acestuia sau există o prelungire tacită a puterii de reprezentare a administratorului printr-o formă de mandat aparent¹⁸². În ceea ce privește efectele împlinirii termenului mandatului atunci când nu a intervenit prelungirea expresă sau desemnarea altui administrator, jurisprudența nu este unitară și propune cel puțin două tipuri de soluții. Prima variantă presupune încetarea funcției de administrator cu putere de reprezentare, iar odată expirat după împlinirea termenului de patru ani, mandatul inițial nu mai poate fi prelungit¹⁸³. Astfel, fostul administrator nu își mai poate exercita puterile de administrare, precum convocarea valabilă a adunării generale a asociațiilor nici măcar în situația expirării mandatului tuturor administratorilor, când asociatul ne-administrator convoacă adunarea generală pentru numirea administratorilor și pentru a evita dizolvarea societății în temeiul art. 237 LS¹⁸⁴.

Instanța Supremă a reținut importanța condiției acceptării exprese a numirii în funcția de administrator pentru înlăturarea teoriei mandatului

este vinovat de a fi încredințat puterile sale unei persoane care a abuzat de el. Pe când terții, de vreme ce n-au cunoscut cauza încetării mandatului, n-au nicio culpă și nu pot fi prejudiciați în interesele lor pentru culpa altora. Din această perspectivă soarta actelor îndeplinite cu depășirea puterilor primite se încadrează în teoria mandatului aparent, aplicație a teoriei aparenței în drept, care se bazează pe ideea că, dacă un terț, în baza unei credințe eronate, îndeplinește un act cu o persoană care nu avea dreptul sau puterea să-l îndeplinească, aparența astfel creată, permite recunoașterea validității și opozabilității actului respectiv." (Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1754/04.06.2009).

¹⁸⁰ Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1279/27.03.2008.

¹⁸¹ Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 2656/2009, din Buletinul Casației nr. 4/2010, p. 22, comentată de Todică, C., *art. precitat supra* 178, p. 8.

¹⁸² A se vedea Tulească, L., *art. precitat supra* 170, pp. 72-73, 77-79.

¹⁸³ Trib. București, secț. VI com., Sentința nr. 1728/18.04.2005 și Sentința nr. 564/15.02.2006.

¹⁸⁴ C. Ap. București, secț. VI civ., Decizia civilă nr. 1710/14.09.2012.

aparent, deoarece „acceptarea expresă presupune un act explicit prin care mandatarul exprimă acceptarea mandatului și presupune o anterioară numire a sa în funcție, având un caracter la fel de explicit, acceptarea sau continuarea tacită a mandatului fiind astfel exclusă”¹⁸⁵. Înalta Curte a menținut într-o cauză decizia instanței de apel, care a remarcat eroarea instanței de fond, prima instanță reținând că societatea trebuia administrată de ultimul administrator până la desemnarea unui nou administrator „fiind de neconceput abandonarea unei activități în curs de desfășurare și lăsarea societății fără organe de conducere”. Prin aplicarea art. 155 ind. 12 alin. 1 LS, Înalta Curte a reținut că „nu se pune problema depășirii limitelor mandatului de reprezentare, ci problema inexistenței mandatului, [...] Faptul neînregistrării unui alt administrator la Registrul Comerțului nu îi conferă calitate de reprezentant legal vechiului administrator”.

A doua categorie jurisprudențială prevede asemenea primei instanțe din exemplul anterior, prelungirea tacită a mandatului administratorului în funcție sau intervenția unui mandat aparent¹⁸⁶. Momentul anterior expirării mandatului unuia sau mai multor administratori societari este unul cheie pentru declanșarea obligațiilor fiduciare pentru îndeplinirea îndatoririi prevăzute după caz la art. 195 alin. 1 LS ori la art. 117 alin. 1 LS, respectiv convocarea AGA pentru desemnarea unui nou administrator reprezentant ori realegerea administratorului în funcție. În cazul SA, legea conferă consiliului de administrație posibilitatea numirii unor administratori provizorii, până la întrunirea AGOA, în cazurile de neocupare neprevăzută, precum revocarea, renunțarea la mandat sau decesul, însă nu se aplică în situația expirării duratei mandatului administratorilor¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Î.C.C.J., Decizia nr. 1417/21.05.2015, comentată de Tulească, L., *art. precitat supra* 170, p. 74.

¹⁸⁶ Trib. București, secț. VI com., Sentința comercială nr. 13662/10.12.2008, prin care instanța reține că o hotărâre AGOA poate ratifica activitatea desfășurată de către administrator de la momentul expirării mandatului și până la data ședinței AGA; Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 920/25.03.2015, prin care Instanța Supremă apreciază că expirarea mandatului administratorului SA nu determină și încetarea calității acestuia de reprezentant, având în vedere faptul că potrivit art. 1554-1555 Cod Civil 1864, încetarea mandatelor administratorilor sociali nu poate interveni decât în caz de revocare sau de numire a unor noi mandatar.

¹⁸⁷ Excepție fac societățile pe acțiuni supuse auditării dacă numărul administratorilor societății scade sub minimul legal, iar administratorii în funcție trebuie să convoace AGA pentru completarea numărului de administratori. A se vedea Tulească, L., *art. precitat supra* 170, p. 77.

Din aceste considerente, ne alăturăm deciziei Î.C.C.J., care a reținut că la momentul expirării duratei mandatului administratorului încetează și calitatea de administrator. Realegerea poate fi dispusă numai în temeiul unei hotărâri a asociaților/acționarilor care numesc administratorul care va îndeplini mandatul *intuitu persoane* și care va trebui să accepte acest mandat în mod expres, astfel încât prelungirea tacită a mandatului sau teoria mandatului aparent nu își au locul în cazul aplicabilității unor dispoziții legale imperative.

Totuși, această soluție este condiționată de publicarea încetării funcției. Prin Decizia nr. 24/2017, publicată în M. Of. nr. 153 din 19 februarie 2018, Î.C.C.J. a stabilit că: „În interpretarea și aplicarea unitară a art. 72 și a art. 153 ind. 12 din Legea nr. 31/1990, raportat la art. 155 ind. 2 din Codul Civil de la 1864, respectiv la art. 2030 din Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, cu aplicarea art. 54 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, administratorul societății pe acțiuni al cărui mandat a expirat, fără a exista un act de numire a unui nou administrator și o acceptare expresă din partea acestuia, deține prerogativele reprezentării atât timp cât încetarea funcției nu a fost publicată în conformitate cu legea”.

6.4. Revocarea administratorilor

48. Revocarea administratorului prevăzută de art. 1914 Cod Civil referitor la contractul de societate trimite la prevederile referitoare la mandat. Principiul revocării *ad nutum* a mandatului este menținut din Codul Civil 1864, însă modul discreționar de revocare este nuanțat de art. 2031 Cod Civil, care prevede că revocarea poate avea loc „oricând [...] indiferent de forma în care contractul de mandat a fost încheiat și chiar dacă a fost declarat irevocabil”. Prin urmare, dacă încrederea dispare din raporturile juridice care izvorăsc din contractul de mandat, a cărui trăsătură esențială este caracterul *intuitu personae*, revocarea își păstrează caracterul discreționar¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Călin, D.: *Societate pe acțiuni. Revocarea Directorului General. Just motiv – nerespectarea clauzelor privind obligația de loialitate a mandatarului și pierderea încrederii în acesta*, RRDA nr. 5/2017, p. 161. Comentariu la hot. nr. 6/2 noiembrie 2017, pronunțată în dosar nr. 6/2017 de Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța: „Lipsa acordului expres pentru ca directorul, în sensul

Revocarea discreționară a administratorilor este prevăzută și de Legea societăților, atât în ceea ce privește revocarea administratorilor SRL, cât și a președintelui consiliului de administrație și a membrilor directoratului SA. Totuși, chiar dacă a intervenit un caz de încetare a mandatului, stingerea obligațiilor mandatarului nu poate avea loc în mod automat, ci potrivit dispozițiilor art. 2030 Cod Civil, mandatul nu încetează imediat în cazul în care acesta a fost dat pentru desfășurarea unei activități cu caracter de continuitate. Această dispoziție legală demonstrează în opinia noastră faptul că interesul suprem apărut este cel al mandatului, respectiv al societății administrate, iar nu al asociaților sau al acționarilor.

Dispozițiile referitoare la administrare prevăzute de LS pentru societățile pe acțiuni nu sunt aplicabile SRL în lipsa unei norme exprese de trimitere, criteriul normelor de trimitere limitative și de strictă interpretare fiind subliniat și de jurisprudență¹⁸⁹. Durata mandatului administratorilor, al membrilor directoratului și al membrilor consiliului de supraveghere în cazul SA se stabilește prin actul constitutiv pentru maxim patru ani. Excepție face mandatul primilor administratori care nu poate depăși doi ani potrivit art. 153 ind. 12 LS. În cazul SRL și al societăților de persoane, desemnarea administratorilor unei societăți și puterile conferite acestora are loc prin actul constitutiv sau hotărârea adunării generale ordinare, pentru o durată determinată de timp¹⁹⁰, însă durata acestor mandate nu este specificată de lege. Legea prevede regula realegerii administratorilor și nu limitează numărul mandatelor unei persoane. Valabilitatea numirii administratorilor

Legii nr. 31/1990, să încheie un contract de muncă la altă societate, cu același obiect de activitate, reprezintă un motiv suficient și rezonabil pentru revocarea mandatului, motivat de faptul că încheierea respectivului contract de muncă echivalează cu încălcarea obligației de loialitate ce conduce la pierderea încrederii în acesta”.

¹⁸⁹ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la articolul 144 ind.1 din Legea societăților) și Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 3679/2013. În motivarea Deciziei nr. 2292/14.06.2011, Î.C.C.J., secț. com.: „Atunci când legiuitorul a dorit ca societăților cu răspundere limitată să li se aplice dispoziții prevăzute pentru alte forme de societăți, a reglementat în mod expres această posibilitate prin norme de trimitere. Întrucât regimul juridic al societăților cu răspundere limitată are o reglementare distinctă de reglementarea societăților pe acțiuni, instanța nu poate extinde la societățile cu răspundere limitată aplicarea prevederilor [...] prevăzute de lege numai pentru societatea pe acțiuni, având în vedere caracterul limitativ și de strictă interpretare al normelor de trimitere”.

¹⁹⁰ Art. 7, art. 8, art. 111 alin. 2 lit. b, art. 137 ind.1 alin. 1 din Legea nr. 31/1990.

este condiționată de acceptarea expresă, o condiție prevăzută în mod imperativ de lege în cazul SA.

49. Având în vedere obligativitatea formalităților în ceea ce privește numirea în funcția de administrator cu putere de reprezentare a societății prin mențiune în Registrul Comerțului și publicare în Monitorul Oficial al României, și obligativitatea separată de numire, a depunerii specimenelor de semnătură ale administratorilor¹⁹¹, este evident că mandatul trebuie acceptat în mod expres în cazul oricărui tip de societate. Publicitatea legală răspunde așadar principiului securității circuitului civil și ocrotirii terților de bunăcredință. Obligația publicării numirii administratorilor este dublată de obligația publicării încetării mandatului din alte cauze decât expirarea termenului mandatului, sub sancțiunea inopozabilității față de terți a numirii persoanelor în funcția de administrator și a încetării mandatului acestora.

Potrivit art. 1306 Cod Civil, modificarea și revocarea împuternicirii trebuie aduse la cunoștința terților prin mijloace corespunzătoare, sub sancțiunea inopozabilității. Caracterul revocabil este de esența mandatului, se va produce *ad nutum*, mandantul având un drept de revocare aproape discreționar. Caracterul discreționar al revocării mandatului este subliniat atât de Codul Civil, cât și de legea specială, numirea și revocarea mandatarilor fiind expresia actului de voință a celor care dețin capitalul încredințat. Astfel, potrivit art. 132 alin. 4 LS, membrii consiliului de administrație și membrii consiliului de supraveghere nu pot ataca hotărârea adunării generale privitoare la revocarea lor din funcție, prevedere extinsă și în cazul directorilor. În cazul în care revocarea survine fără justă cauză, directorul în cauză este îndreptățit la plata unor daune-interese, având sarcina probării prejudiciului¹⁹². Având în vedere că legea nu definește cauza justă a revocării mandatului, pentru stabilirea daunelor-interese la care este

¹⁹¹ Art. 18 și art. 19 din Legea nr. 26/1990 prevăd obligativitatea depunerii specimenelor de semnătură la ORC, fără ca această formalitate să reprezinte o condiție a numirii administratorilor.

¹⁹² Instanța a reținut că revocarea administratorului nu a fost justificată de factori obiectivi, nu a fost fundamentată pe reținerea vreunei culpe în activitatea desfășurată ori a rezultatelor financiare obținute și nu conține motivele care justifică această revocare. (C. Ap. București, secț. VI civ., Decizia civilă nr. 2176 A/27.11.2017, comentată de Mocanu, M.: *Societate pe acțiuni. Revocarea administratorului executiv. Just motiv – revocarea mandatului pentru pretinsa activitate necorespunzătoare desfășurată în cadrul unei filiale a societății*, RRDA nr. 6/2017.

îndreptățit mandatarul revocat se vor lua în considerare circumstanțe precum clauzele contractului de administrare, aprecierea culpei în desfășurarea administrării, lipsa performanțelor, cunoștințe sau pregătire insuficientă, lipsa abilităților manageriale sau incompetență¹⁹³, respectiv aspectele pe care le-am menționat deja ca elemente circumstanțiale de determinare a îndeplinirii obligației de diligență și prudență. Astfel, încrederea pe care o are societatea, respectiv asociații, în persoanele desemnate să conducă și să administreze patrimoniul societății este cel mai bine evidențiată prin imposibilitatea administratorilor sau a directorilor de a solicita anularea hotărârii AGA de revocare. Erodarea relației fundamentate pe încredere prin încălcarea obligațiilor contractuale, al căror efect a fost producerea unui prejudiciu cert în patrimoniul societății, reprezintă un motiv justificat de revocare. Hotărârea adunării generale prin care se revocă mandatul administratorului nu poate fi atacată, mandatul fiind acordat *intuitu personae*¹⁹⁴ și fundamentat pe încrederea reciprocă dintre părți.

7. Remarci conclusive

50. Caracteristica principală a relațiilor fiduciare este chiar fundamentul creării acestora, respectiv încrederea și dependența beneficiarului, care a cedat un anumit tip de control titularului obligațiilor fiduciare, având așteptarea că acesta va exercita controlul cedat în interesul și spre beneficiul lui. Relațiile specifice guvernantei corporative reflectă această trăsătură inerentă prin puterea extinsă a administratorilor de a gestiona afacerile unei societăți, acționarii având așteptarea că investiția lor va fi gestionată în așa fel încât să producă profit.

¹⁹³ Î.C.C.J., sect. II. civ., Decizia nr. 3963/11.12.2014, Revista Română de Jurisprudență nr. 5/2015; Trib. Ilfov, Decizia nr. 712/16.03.2016. Actul constitutiv poate prevedea că revocarea membrilor directoratului se poate face prin hotărârea adunării generale ordinare a acționarilor. De regulă, revocarea membrilor directoratului se realizează tot de către consiliul de supraveghere, potrivit principiului simetriei, art. 132 din Legea nr. 31/1990.

¹⁹⁴ Din nou se pune accent pe transparență și pe informarea creditorilor, deoarece noul act constitutiv cu modificările referitoare la revocarea administratorului se va supune formelor de publicitate ORC. Având în vedere faptul că hotărârea AGA poate fi una ordinară, care nu se încadrează la cazurile limitative prevăzute de art. 113 LS și faptul că aceasta se ia cu o majoritate simplă, se pun probleme de ordin practic la înregistrarea unui act constitutiv care nu a fost luat cu o decizie unanimă a asociaților.

Oferirea încrederii este corelată cu obligația titularului obligațiilor fiduciare de a asigura funcționarea societății și derularea activităților cotidiene, ceea ce a condus la apariția regulii judecății de afaceri. În situația în care titularul obligațiilor fiduciare nu a îndeplinit încrederea în sens tehnic, respectiv a încălcat obligația de diligență și prudență, se pune problema evaluării motivației și a efectelor în urma încălcării încrederii oferite, prin aflarea adevărului și a evaluării deciziei de afaceri. Proba corectitudinii și a echității deplasează analiza îndeplinirii încrederii la îndeplinirea unor condiții procedurale. După cum vom demonstra în capitolele următoare, deși aceste circumstanțe contextuale au un rol însemnat, conduita fiduciară nu poate fi măsurată prin ignorarea noțiunii de „încredere”.

Pornind de la obligația de loialitate, am urmărit analizarea mecanismelor și a expresiilor acestei obligații fiduciare față de acționari și față de societate. Viziunea tradițională este aceea potrivit căreia, titularul obligațiilor fiduciare servește intereselor beneficiarului, iar conflictele de interese sunt reprobabile din punct de vedere moral. Prin înlocuirea jurisprudențială a încrederii cu corectitudine și echitate, instanțele au recunoscut posibilitatea titularului obligațiilor fiduciare de a-și proteja propriile interese. Prin dezvoltarea probei corectitudinii și a echității, încrederea, sâmburele relației fiduciare, este înlocuită cu noțiunea de corectitudine, care reprezintă de altfel un set de reguli procedurale. Apreciem că premisa încrederii în relațiile fiduciare existente în guvernanta corporativă nu ar trebui transformată, urmând să demonstrăm în capitolele următoare caracterul inherent al acestei noțiuni în dreptul continental al contractelor și importanța menținerii încrederii ca punct de plecare pentru evaluarea intereselor financiare urmărite de administratori.

În ciuda diversității standardelor existente în guvernanta corporativă, doctrina și jurisprudența au condus la o structurare a acestora. Standardele de conduită prezintă caracteristici mai simple, administratorii sunt familiari cu conduita pe care trebuie să o demonstreze, de a acționa cu bună-credință, în interesul superior al societății și al acționarilor. În situațiile în care au un interes personal, administratorii trebuie să acționeze în mod

corect și echitabil, iar în absența unui interes personal, ei vor trebui să demonstreze o conduită rezonabilă.

Standardele de evaluare sunt cunoscute a fi mai complexe, și sunt în general clasificate pe trei nivele, respectiv un standard de evaluare foarte exigent, un standard de evaluare foarte relaxat și un nivel intermediar între cele două extreme. Primul nivel, cel mai pretențios, este reprezentat de standardul de evaluare a bunei-credințe și a echității, respectiv *proba corectitudinii și a echității*. Standardele de evaluare mai flexibile includ regula judecării de afaceri și testul irosirii. Standardele intermediare de evaluare sunt cele aplicate în cazul operațiunilor încheiate în conflict de interese și aprobate de administratori independenți și neinteresați, dar și în alte situații de evaluare a obligației de diligență și prudență care nu se supun regulii judecării de afaceri.

Am ilustrat efectele negative care apar în urma aplicării standardelor de evaluare într-o manieră diferită față de standardele de conduită aferente. Conduita administratorilor în guvernanta corporativă actuală reprezintă un aspect foarte sensibil, mai ales în ceea ce privește spectrul permis pentru a evita angajarea răspunderii. Prezentarea exemplelor de speță demonstrează relevanța alinierii standardelor de evaluare cu standardele de conduită aferente. Pentru a alinia soluțiile instanțelor cu valorile tradiționale ale regulii judecării de afaceri, instanțele ar trebui să își adapteze abordarea într-o manieră permisivă cu privire la deciziile de afaceri luate de administratorii de bună-credință. Aplicarea standardului autentic al neglijenței grave pentru evaluarea obligației de diligență și prudență, obligarea reclamanților de a demonstra prejudiciul cauzat și respingerea acțiunilor în cazurile în care nu se dovedește încălcarea obligației de loialitate, va conduce la soluții echitabile.

Această evoluție tumultuoasă a standardelor de conduită și a standardelor de evaluare relevă provocările la care trebuie să răspundă administratorii societății moderne în momentul luării unei decizii de afaceri. Având în vedere complexitatea acestora și varietatea expresiilor în situațiile cotidiene, vom analiza fiecare standard de conduită în mod individual în capitolele următoare, urmând să analizăm aplicarea standardelor de evaluare în jurisprudența actuală în capitolul V.

CAPITOLUL II.

Obligația de diligență și prudență

1. Considerații introductive

51. Ca urmare a evoluției istorice a relației fiduciare prezentată în primul capitol, legea tinde să prevadă obligații fiduciare în circumstanțe denumite de economiști „problema reprezentării”¹. Acestea se nasc atunci când o persoană angajează altă persoană pentru ca aceasta să întreprindă acțiuni discreționare și care nu vor fi monitorizate în permanență de către beneficiar. Riscul implicat de exercitarea acestei autorități nemonitorizate este acela că titularul obligațiilor fiduciare va prefera să își urmărească propriile interese atunci când acestea sunt divergente față de cele ale beneficiarului obligației fiduciare.

Eliminarea sau limitarea puterii discreționare a titularului obligațiilor fiduciare nu reprezintă un răspuns satisfăcător la această problemă, datorită imposibilității anticipării tuturor aspectelor pe care le va aborda acesta în exercitarea funcției acordate și a imposibilității acționarilor de a furniza instrucțiuni prealabile și scrise pentru orice împrejurare neprevăzută. Această contractare incompletă², determinată de imposibilitatea precizării cu

¹ Termenul original întâlnit în doctrina anglo-saxonă este *agency problem*. Dacă un mandant acordă reprezentantului dreptul de a întreprinde acțiuni în mod discreționar, fără a le monitoriza perfect, urmările acestora îi pot afecta bună-starea. A se vedea Sitkoff, R. H.: *The Economic Structure of Fiduciary Law*, Boston University Law Review nr. 91/2001, p. 1041. Costurile reprezentării (*agency costs*) identificate de jurisprudența americană au fost menționate și în doctrina română. A se vedea Floare, M.: *Considerații de drept comparat privind conceptele îngemănate de „bună-credință” și „rea-credință” în materie contractuală*, RRDP nr. 2/2014, p. 135 și Bodu, S. V.: *Limitări și conflicte de interese la numirea și în exercitarea mandatului de administrator al unei societăți comerciale*, RRDA nr. 12/2015, p. 73.

² Easterbook, F. H., Fischel, D. R.: *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991, pp. 90-93.

exactitate a tuturor obligațiilor concrete, le oferă mandatarilor un spațiu de desfășurare a activității, pe care pot să îl adapteze în baza experienței lor în dinamica lumii de afaceri.

Îndeplinirea riscurilor ca efect al dezechilibrului dintre interesele acționarilor și cele ale administratorilor sunt numite „costuri ale reprezentării”, iar obiectivul reglementării relațiilor fiduciare este tocmai minimizarea acestor costuri. Prima strategie de abordare a problemei reprezentării, prin reducerea și îngrădirea puterilor discreționare ale mandatarului³, a eșuat în mod neechivoc, iar guvernanța corporativă modernă a înțeles că monitorizarea activă nu este soluția problemei reprezentării. Chiar și în situațiile în care beneficiarul indică *ex ante* în mod detaliat maniera în care dorește ca titularul obligațiilor fiduciare să abordeze o situație particulară, o monitorizare constantă a conformării absolute cu instrucțiunile date nu este fezabilă. Una dintre limitări este tocmai raționamentul numirii mandatarului, respectiv competențele și expertiza acestuia. O altă încercare a rezolvării problemei reprezentării a fost evaluarea conduitei administratorului în baza rezultatelor obținute, un mecanism care s-a dovedit a fi la fel de inefficient, deoarece soluția poate fi denaturată de influența circumstanțelor care se află în afara controlului lui. Exemplul clasic este vânzarea unor active la un anumit preț, iar nereușita mandatarului nu poate fi apreciată în mod corect de către beneficiar ca datorându-se exclusiv eforturilor inadecvate ale administratorului sau factorilor externi, precum prețul supraevaluat sau piața instabilă. Astfel, această asimetrie informațională post-contractuală a fost înlocuită de strategia de guvernanță fiduciară, în temeiul căreia mandatarului îi sunt conferite vaste puteri de acțiune și de reprezentare, care încurajează implicarea sa activă în viața societății și asumarea de riscuri de afaceri. Flexibilitatea obligațiilor fiduciare explică succesul strategiei guvernanței fiduciare. De-a lungul timpului, instanțele de *common law* și legiuitorii din statele europene au adaptat obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență prin crearea unor îndatoriri subsidiare, de implementare a

³ Această minimizare a relației fiduciare prin reducerea puterilor discreționare ale mandatarului (*disempowerment strategy*) este explicată în mod detaliat în doctrină de către Ribstein, L., în lucrarea *The Structure of the Fiduciary relationship*, University of Illinois Law&Economics Research Paper nr. 03-003/2003.

acestora, care să satisfacă necesitățile profesioniștilor vis-à-vis de problemele reprezentării în cele mai variate situații.

Legea aplicabilă obligațiilor fiduciare reprezintă un răspuns la circumstanțele care justifică așteptările de la o persoană care lucrează în interesul alteia. Doctrina și jurisprudența abordează obligațiile fiduciare ca standarde ideale de conduită, un comportament ipotetic și obiectiv, iar prin prezenta analiză doctrinară și jurisprudențială, urmărim să identificăm și caracterul subiectiv, intuitiv al obligațiilor fiduciare. Standardele de conduită prezintă un caracter subiectiv atât din perspectiva beneficiarilor obligațiilor fiduciare, care nu pot prevedea în mod realist toate situațiile cotidiene cu care se vor confrunta mandatarii, dar și din perspectiva acestora din urmă, prin provocarea judecății lor în activitatea curentă a societății.

Prezentul capitol va trata prima obligație fiduciară, obligația de diligență și prudență, care stabilește standardul de conduită al unui „bun administrator societar”. Am arătat că structura modernă societară se află într-o tensiune continuă determinată de conflictul de interese între cei care dețin capitalul și cei care dețin puterea de control și de decizie a societății. În acest context, obligațiile fiduciare au rolul de a orienta conduita administratorilor prin formulări expansibile și deschise, care să permită ulterior instanțelor să completeze voința părților referitoare la circumstanțele neprevăzute și care umplu golurile nereglementate de lege.

În înțelesul legii, loialitatea nu impune mandatarului un devotament infinit către beneficiarul obligației fiduciare, nu implică subordonarea desăvârșită a intereselor titularului obligațiilor fiduciare în favoarea beneficiarului sau neglijarea autonomiei și independenței sale în gândire și acționare. Pentru îndeplinirea obiectivului relației dintre cele două părți, obligația de diligență și prudență stabilește standardul de prudență și etalonul caracterului rațional (rezonabil) al deciziilor de afaceri, ambele stabilite de practicile pieței. Acest standard de conduită este unul obiectiv, măsurat prin referință la o persoană rezonabilă și prudentă în circumstanțe asemănătoare. Dacă mandatarul are competențe specializate, care au fost luate în considerare la numirea și pentru menținerea sa în funcție de către mandant, atunci standardul va fi cel al unei persoane rezonabile și prudente care deține acele competențe.

Prima parte a prezentului capitol va aborda conținutul clasic al acestei obligații împrumutate din doctrina și jurisprudența de *common law*,

urmând apoi să ofere o privire comparativă a prevederilor legale din statele membre ale Uniunii Europene și determinarea conținutului acestei obligații fiduciare în contextul economiei concurențiale. Natura obligației de diligență și prudență și cazurile în care aceasta ar fi încălcată potrivit legii române sunt discutate prin prisma analizei doctrinei și a jurisprudenței de inspirație a legiuitorului. Prin crearea unor paralele între conținutul contractului de mandat și funcțiile tradiționale ale administratorilor, încărcate cu prerogative predominant legale, studiul va releva importanța caracterelor fiduciare ale funcției de administrator. Obiectivul acestui capitol este să surprindă efectele reglementării exercitării concrete a obligației de diligență și prudență și importanța definirii caracterului fiduciar al obligațiilor administratorilor, atât pentru jurisprudență, cât și pentru efectivitatea relațiilor de afaceri actuale.

Prezentarea obligației fiduciare de diligență și prudență este realizată în urma unui studiu, pe care îl dorim exhaustiv, al jurisprudenței naționale în ceea ce privește aplicarea dispozițiilor art. 144 ind. 1 din Legea nr. 31/1990 în litigiile cu profesioniștii, urmând să identificăm rolul buneii-credințe în analiza ex post și în aplicarea regulii judecății de afaceri.

2. Conținutul și întinderea obligației de diligență și prudență⁴

52. Doctrina de dreptul societăților cunoaște istoric două obligații fiduciare, respectiv obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate, însă doar încălcarea obligației de loialitate era considerată inițial în măsură să atragă angajarea răspunderii unui administrator. Am arătat în primul capitol că între anii 1980-1990, Curtea Supremă din Delaware a readus în prim plan obligația de diligență și prudență prin crearea unor standarde intermediare de evaluare a conduitei administratorului societar. Totodată, a ridicat buna-credință la același nivel cu obligațiile fiduciare tradiționale de diligență și prudență și de loialitate și a revelat un model

⁴ Prezentarea conținutului și a efectelor obligației de diligență și prudență din prezentul capitol a apărut inițial în lucrarea Ponta, A.: *The Evolution and Complexity of Directors' Duty of Care*, Perspective Juridice nr. 4/2015, pp. 38-51. Pentru istoricul unirii și a dezbinării obligațiilor fiduciare în dreptul societar, a se vedea Velasco, J.: *How many fiduciary duties are there in Corporate Law?*, Southern California Law Review vol. 83, nr. 6/2010, p. 1231.

unitar de evaluare a încălcărilor obligațiilor fiduciare. Începând cu anul 1993, jurisprudența de *common law* era dominată de viziunea unei triade a obligațiilor fiduciare, prin alăturarea bunei-credințe obligațiilor fiduciare tradiționale, de diligență și prudență și loialitate. Această viziune nu a fost îmbrățișată de jurisprudență în mod absolut, punctul de cotitură fiind anul 2006 prin cauza *Stone v. Ritter*⁵, cea mai clară motivare a inexistenței unei formulări triadice a obligațiilor fiduciare și a respingerii autonomiei bunei-credințe ca obligație fiduciară distinctă. În această decizie, instanța americană a menționat expres faptul că buna-credință este o parte componentă a obligației fiduciare de loialitate. De atunci, jurisprudența de *common law* se îndreaptă spre o abordare bifurcată a obligațiilor fiduciare, deși doctrina continuă să dezbătă dacă includerea bunei-credințe în obligația de loialitate sau absorbirea loialității de către instituția bunei-credințe este soluția corectă sau doar o simplificare excesivă a acestor noțiuni.

Jurisprudența actuală a devenit însă mult mai complexă prin remodelarea obligațiilor fiduciare de către Instanța Supremă din Delaware. În anul 1985, instanța a surprins doctrina și jurisprudența prin pronunțarea soluției în cauza *Smith v. Van Gorkom*⁶, prin angajarea răspunderii unui administrator pentru încălcarea obligației de diligență și prudență, ceea ce a declanșat nemulțumirea practicienilor. În aceeași perioadă, Curtea Supremă a început să creeze anumite standarde intermediare de evaluare a situațiilor în care nici regula judecății de afaceri și nici proba corectitudinii și a echității nu se dovedeau a fi potrivite.

Astfel, conform unor opinii din doctrina și jurisprudența de *common law*, administratorii unei societăți datorează acesteia ceea ce Curtea Supremă din Delaware a numit „triada obligațiilor fiduciare”⁷: obligația de

⁵ Cauza *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, Curtea Supremă din Delaware, 2006.

⁶ Cauza *Smith v. Van Gorkom*, 488, A.2d 858, Curtea Supremă din Delaware, 1985.

⁷ Una dintre primele mențiuni exprese ale acestei triade în manieră unitară se regăsește în motivarea cauzei *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1984. Explicația obligațiilor fiduciare formulată de către instanță în motivarea acestei cauze a rămas celebră, fiind printre primele enumerări exprese ale obligațiilor fiduciare în maniera aplicată de regula judecății de afaceri de jurisprudența de *common law* și de drept continental în prezent. Caracterul independent al bunei-credințe ca obligației fiduciare este dezbătut în doctrină și interpretat variat în practică, iar delimitarea obligației de loialitate față de buna-credință va fi analizată în capitolele III și IV.

diligență și prudență, obligația de loialitate și buna-credință. Acestea sunt recunoscute de doctrină și jurisprudență ca fiind standardul obligațiilor fiduciare identificate și analizate de către acționari și de către instanță la momentul evaluării conduitei administratorilor societari. Deși regula judecătii de afaceri intră în joc cu referire la toate aceste trei obligații, ea este asociată în mod strâns cu obligația de diligență și prudență, îndatorirea care impune administratorilor să acționeze cu același grad al atenției pe care o persoană obișnuit de grijulie și de prudentă l-ar avea în circumstanțe similare⁸. Prin invocarea expresiei „grijă rezonabilă”, *duty of care* ar fi încălcată ori de câte ori un administrator ar acționa în mod neglijent. În același timp, vom arăta că rolul regulii judecătii de afaceri este de a împiedica angajarea răspunderii administratorilor prin crearea unei prezumții judiciare, că un administrator sau un salariat cu prerogative executive a acționat în cunoștință de cauză, în mod informat, cu bună-credință și în convingerea onestă că acțiunea întreprinsă a fost în interesul suprem al societății. Prin urmare, chiar și erori clare de judecată nu vor avea ca efect atragerea răspunderii personale a administratorului⁹.

53. Obligația de diligență și prudență, *duty of care*, este definită de unul dintre numele de referință din doctrina de *common law* ca fiind „un caz special al diligenței și prudenței comune”¹⁰. Obligația de diligență și prudență este înțeleasă ca o datorie morală a tuturor participanților la guvernanta corporativă, iar spre deosebire de un mandatar obișnuit, administratorul unei societăți va fi obligat, în plus față de respectarea reglementărilor legale referitoare la mandat și de drept societar, să acționeze ca un profesionist.

Doctrina a început să fie mult mai preocupată de analiza acestei obligații fiduciare în anii 80' și asimila obligația de diligență și prudență unei obligații morale de exercitare a funcției încredințate, o îndatorire înțeleasă de doctrină ca fiind suma a patru obligații subsidiare distincte. Prima

⁸ Cauza *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 41 78, 188 A.2d 125, Delaware Chancery Court, 1963.

⁹ A se vedea cauza *Aronson v. Lewis*, *supra* 201.

¹⁰ Eisenberg, M. A.: *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, University of Pittsburgh Law Review nr. 51/1989, p. 945.

componentă conține îndatorirea administratorilor¹¹ de a supraveghea în mod rezonabil evoluția afacerii în ansamblu și, prin urmare, de a lua măsuri corespunzătoare pentru a obține informații relevante în urma monitorizării. Cea doua componentă a obligației de diligență și prudență este obligația de a efectua investigații și de a formula întrebări pertinente (*duty of inquiry*), respectiv obligația de a urmări și de a dezvolta datele obținute și ale căror efecte indică iminența sau probabilitatea apariției unor riscuri. Ultimele două componente se referă la utilizarea informației obținute și îndatorirea de a stabili un proces decizional adecvat pentru adoptarea unor decizii de afaceri rezonabile¹². Vom ilustra fiecare dintre aceste îndatoriri prin analiza jurisprudenței relevante pentru a determina esența obligației fiduciare de diligență și prudență.

Obligația de diligență și prudență reprezintă îndatorirea mandatarului societar de a acorda atenție deciziilor de afaceri pe care le ia în numele societății, de a manifesta o atitudine satisfăcătoare și de a adopta măsuri raționale în exercitarea judecății de afaceri. La o privire superficială, obligația de diligență și prudență pare a fi de o simplitate neobișnuită, care nu are nevoie de explicații, fiind definită prin însăși denumirea ei. Administratorii sunt obligați să se prezinte la ședințele consiliului de administrație, să acorde atenție proceselor decizionale și să adopte decizii care nu sunt iraționale. Ca urmare, instanțele americane nu vor angaja răspunderea administratorilor pentru deciziile de afaceri situate în afara vreunui conflict de interese, în afară de cazurile în care aceste decizii sunt „cu adevărat iraționale”. Urmarea acestei constatări este împiedicarea interferenței instanței în procesele de politică internă a societății, cunoscută sub numele de regula judecății de afaceri.

¹¹ Pentru a evita confuzii și a sublinia caracterul omogen al obligației de diligență și prudență care incumbă mandatarilor sociali, noțiunea de „administrator” în prezenta lucrare se înțelege a fi extinsă membrilor directoratului societăților pe acțiuni care adoptă sistemul dualist de administrare. În cazul în care anumite reguli sunt aplicabile doar membrilor consiliului de administrație sau directoratului, se va face referire în acest sens.

¹² O analiză similară a componentelor obligației de diligență și prudență a fost prezentată în doctrină de Prof. B. S. Black, Stanford Law School, cu ocazia unei mese rotunde găzduită de OECD în anul 2001. A se vedea Black, B. S.: *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*, Asia Business Law Review, ediția 2001, p. 3.

Simplitatea obligației de diligență și prudență constatată la o primă vedere nu este o concluzie eronată. Deși această obligație este caracterizată în primul rând de complexitatea deciziilor de afaceri curente cu care se confruntă un administrator în viața cotidiană a societății, respectarea sau încălcarea acestei obligații fiduciare poate fi verificată aproape matematic prin analizarea elementelor componente mai sus amintite. Regula judecătii de afaceri, o metodă de evaluare a conduitei concrete a administratorului, intervine în analiza limitată a judecătii și a raționamentelor avute în vedere de administrator pentru adoptarea unei decizii particulare. Funcția principală a acestei reguli este protejarea unui administrator de bunăcredință care a adoptat o decizie de afaceri în mod informat și cu respectarea regulilor procesului decizional, față de o analiză de substanță a deciziei sale de afaceri. Scopul final este evitarea intervenției *ex post* a instanței în viața societară și substituirea judecătii de afaceri a unui profesionist.

Prima reglementare legală a acestei obligații s-a regăsit în Principiile Guvernanței Corporative ale *American Law Institute*¹³, respectiv obligația administratorului de a acționa într-o manieră care reprezintă în conștiința sa interesul superior al societății și prin depunerea unor diligențe care ar fi așteptate de la o persoană obișnuit de grijulie. Se observă insistența doctrinei și a legiuitorilor pentru expresia „rezonabil” și „persoană obișnuit de grijulie”. Deși utilizarea acestor termeni pentru definirea diligenței rezonabile ridică cele mai multe probleme, apreciem că formularea aleasă conferă mandatarilor libertatea de a determina caracterul rezonabil al diligenței așteptate, în funcție de context. Ceea ce poate constitui o diligență rezonabilă, într-o situație complexă și referitor la o decizie de afaceri riscantă, va fi diferită de diligența rezonabilă în contextul unei societăți aflate în vecinătatea insolvenței, într-un proces de fuziune sau de extindere a producției.

Având în vedere complexitatea unei afaceri profitabile în mileniul al treilea, nu avem pretenția epuizării conținutului acestei obligații, ci conturarea caracteristicilor principale ale acesteia prin exemple ale practicii

¹³ Principiile propuse de *American Law Institute*, a se vedea *American Law Institute – Principles of Corporate Governance- Analysis and Recommendations*, partea a VII-a, Remedies, Cap. 1, prima publicare în iunie 1985, citate în doctrină ca „ALI Proposals”. Principiile ALI reprezintă principii și modele statutare, care, deși nu au forță obligatorie, au o mare influență în crearea și aplicarea dreptului societar, dar și în învățământ și cercetare.

judiciare de referință. Vom arăta că o evaluare concretă a respectării obligației de diligență și prudență trebuie să aibă în vedere funcțiile exercitate de către administratori, cunoștințele acestora, competența și priceperea de care dau dovadă¹⁴.

Spre deosebire de alți profesioniști care datorează diligență și prudență, administratorii societari nu sunt în general specialiști în obiectele de activitate diverse ale societății. Acest lucru nu înseamnă însă, că beneficiarii obligațiilor fiduciare nu așteaptă de la ei deținerea cunoștințelor specializate, a competențelor sau a calificărilor necesare, regula generală fiind aceea, că un administrator este obligat să obțină cel puțin o înțelegere rudimentară a afacerii pe care o gestionează, iar dacă mandatarul apreciază că „nu deține suficientă experiență de afaceri care să îl califice pentru executarea atribuțiilor, el trebuie ori să obțină aceste pregătiri, ori să refuze continuarea mandatului”¹⁵. Spre deosebire de administratori, se așteaptă de la salariații cu prerogative executive să dețină o pricepere deosebită și competențe specializate sau experiență în tipurile de afacere derulate de către societate, iar dacă dețin funcții specifice, cum sunt cele financiare, conduita lor va fi analizată prin prisma abilităților solicitate pentru acele poziții.

2.1. Obligația de a supraveghea afacerea în ansamblul ei

54. Componenta de monitorizare a evoluției afacerii este însoțită întotdeauna de obligația administratorului de a urmări informațiile identificate ca urmare a acestei supravegheri continue. Această obligație este îndeplinită nu doar prin observarea directă a derulării afacerii, dar și prin analizarea și îmbunătățirea procedurilor și a tehnicilor de informare a consiliului de administrație, a organelor executive sau a consultanților externi despre constatările importante. Această componentă implică obligația consiliului de administrație de a controla periodic caracterul adecvat al sistemelor de informare și de a se asigura că acestea corespund legilor și principiilor aplicabile. Prin urmare, organele de administrare au

¹⁴ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 204, p. 949.

¹⁵ Cauza *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814, Curtea Supremă din New Jersey, 1981, pct. 87.

sarcina satisfacerii integrității organice și structurale a societății¹⁶. Integritatea organică reprezintă caracterul funcțional și operant al managementului și asigurarea funcționării constante a unui sistem intern de informare, adaptat fiecărei societăți în parte, care furnizează date financiare în baza cărora se pot adopta decizii acurate. Această obligație este continuă și inerentă funcției de administrare, prin sarcina verificării constante a funcționării sistemului de informare și a inițiativei de a fi mereu informat.

Cel mai ilustrativ exemplu este o cauză în care administratoarea unei societăți de reasigurare nu a cunoscut însușirea pe nedrept a unor sume de bani de către vice-președinte și directorul general, deoarece nu se implica în mod activ în afacere, se prezenta rar la sediu și nu depunea niciun efort pentru a se familiariza cu legislația pieței de asigurare-reasigurare sau cu practicile societății. În acest caz, instanța a apreciat că „administrarea unei societăți nu presupune o inspecție detaliată a activităților de zi cu zi, ci mai degrabă supravegherea afacerilor și a politicilor societății. Administratorilor nu li se impune lecturarea unor cursuri de audit, ci familiarizarea cu starea financiară a societății prin analiza regulată a situațiilor financiare”¹⁷. În plus, instanța a apreciat că depistarea delapidării nu ar fi presupus o expertiză specială, ci o lecturare obișnuită a bilanțurilor ar fi fost suficientă. Obligația de monitorizare nu presupune îndatorirea de a obține informații referitoare la toate laturile activităților societare, aspect care ar fi nepractic și foarte costisitor. Limitele sunt stabilite din nou de caracterul rezonabil, acceptabil de informare și de atenție. Această limită depinde de circumstanțele și de efectele respectivei decizii, judecata de afaceri a administratorului fiind diferită în fiecare caz.

În ceea ce privește exercitarea acestei obligații, delegarea totală a obligației de monitorizare nu este permisă în majoritatea statelor¹⁸, fiind una dintre responsabilitățile principale ale administrației. O decizie informată adoptată cu respectarea obligației de supraveghere nu va conduce la angajarea răspunderii administratorului, chiar dacă rezultatele reprezintă un insucces, dacă această decizie are în vedere criteriile generale de

¹⁶ Manning, B.: *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention*, Business Law Review nr. 39/1994.

¹⁷ Cauza *Francis v. United Jersey Bank*, *supra* 209, pct. 112.

¹⁸ Par. 4.01(b) *ALI Principles of Corporate Governance*, *supra* 207.

identificare a priorităților considerate de administrație. Spre exemplu, administrația analizează informații relevante, cântărește riscurile și apoi decide să nu instaleze un program de securizare a sistemelor informatice, procesul fiind prea costisitor. În aceeași manieră, poate decide posibilitatea delegării supravegherii anumitor procese determinate¹⁹. Exemplele pot fi multiple, dar numitorul lor comun este faptul că, dacă o decizie adoptată în urma unei informări corespunzătoare îndeplinește condițiile regulii judecătii de afaceri, nu se va angaja răspunderea membrilor consiliului de administrație, chiar dacă decizia în sine nu a fost rezonabilă.

2.2. Obligația de a cerceta, de a investiga și „de a formula întrebări”

55. Cea de-a doua componentă a obligației de diligență și prudență reprezintă atribuția administratorilor de a urmări și de a-și manifesta interesul pentru informațiile care ar putea indica semne de îngrijorare pentru evoluția afacerii, respectiv de a nu ignora semne credibile care sugerează posibile dificultăți ale societății. Dacă informarea din surse verificate ridică bănuieli cu privire la probleme financiare sau neregularități comise de alți membri ai organelor de administrare sau de angajați, administratorul are obligația de a lua inițiativa înainte ca problema să fie supusă atenției consiliului de administrație. Exercițarea responsabilităților administratorilor poate fi episodică, dar responsabilitatea în sine este continuă și prezentă în fiecare zi²⁰. Cazul de referință pentru ilustrarea acestei componente datează încă din anul 1920, având ca obiect deturnarea unor fonduri de către președintele și acționarul majoritar al unei societăți²¹. Curtea Supremă SUA a apreciat că nu se va angaja răspunderea administratorilor, deoarece se constată respectarea „rezonabilă” a obligației de supraveghere, iar datele ajunse în atenția administratorilor prin exercitarea acestei obligații nu au indicat semne de îngrijorare.

Considerăm interesantă motivarea instanței de a analiza această componentă în urma cercetării dacă obligația de supraveghere a fost

¹⁹ Exemple preluate din Kolb, M.: *The Delegation of Authority to Committees of the Board of Directors: Directors' Liabilities*, University of Baltimore Law Review nr. 9/1980, p. 189.

²⁰ A se vedea Manning, B., art. precitat supra 210.

²¹ Cauza *Bates v. Dresser*, 251 U.S. 524, Curtea Supremă SUA, 1920.

exercitată în limite rezonabile. Deși această componentă pare să fie declanșată sau determinată de primul element al obligației de diligență și prudență, expus anterior, apreciem că ea are totuși un caracter de sine stătător. Obligația de cercetare impune administratorilor o conduită activă, întreprinzătoare și luarea inițiativei în cazul în care judecata lor de afaceri ridică semne de întrebare cu privire la derularea unor operațiuni. Rolul activ al administratorului, așteptat în executarea acestei componente, reprezintă nucleul obligației de diligență și prudență și ilustrează în mod neechivoc conduita și atitudinea administratorului față de evoluția și politicile pe termen lung ale societății.

2.3. Obligația de a desfășura un proces decizional rezonabil și de a adopta decizii de afaceri rezonabile

56. În continuare, am ales să abordăm unificat ultimele două componente ale obligației de diligență și prudență, deoarece acestea reprezintă caracteristicile funcționale ale procesului decizional. Totuși, aceste două elemente nu pot fi confundate, esența primei componente fiind de natură procedurală, în timp ce a doua determină însăși calitatea deciziei de afaceri adoptată.

Principiile generale ale procesului decizional au la bază aceleași reguli ale diligenței rezonabile, respectiv obligația de a se informa în prealabil și în mod adecvat cu privire la contextul, istoricul, conținutul și efectele respectivului act de gestiune. Această informare va depinde de mai multe considerații, precum amplasarea deciziei, timpul avut la dispoziție, costurile implicate, necesitatea unei consilieri externe de specialitate, încrederea pe care administratorii o pot avea în mod rezonabil în subordonați și în consilieri. În mod evident, aceste criterii nu sunt exhaustive, nu doar datorită dinamismului derulării afacerilor și a caracterului imprevizibil al pieței, ci și prin prisma intuiției în afaceri a profesioniștilor.

Doctrina și practica din ultimii 200 de ani au demonstrat că elementul procedural nu poate fi definit prin criterii limitative, timpul avut la dispoziție în mod realist constrânge administratorii să își asume diferite riscuri, inclusiv riscul consecințelor economice nefaste ale unei operațiuni.

În plus, riscul de a nu avea cunoștință despre toți factorii relevanți care să caracterizeze o afacere propusă este inerent oricărei decizii de afaceri.

Spre deosebire de elementul procedural al procesului decizional, care se referă la caracterul rezonabil, cel de-al doilea element, care privește calitatea deciziilor adoptate, va depinde de circumstanțele particulare. Caracterul rezonabil al unei decizii de afaceri luate cu respectarea elementelor procedurale reprezintă un criteriu construit de doctrină și va fi evaluat prin standardul de evaluare care, odată satisfăcut, va reprezenta o regulă de protecție a deciziei de afaceri luată – regula judecății de afaceri.

Principalul efect al regulii judecății de afaceri este analiza judiciară limitată a deciziei de afaceri în urma îndeplinirii condițiilor acesteia. Având în vedere faptul că acest standard al revizuirii *ex post* reprezintă una dintre cele mai dezbătute instituții în doctrina dreptului societar din *common law*, preferăm detalierea standardului clasic, conform principiilor guvernantei corporative tradiționale²², respectiv odată îndeplinite aceste condiții, regula va avea ca efect împiedicarea angajării răspunderii administratorului care a considerat în mod rațional că decizia adoptată a fost în interesul suprem al societății.

57. Regula judecății de afaceri nu este o simplă variațiune a judecății oneste, dar eronate²³. Scopul primar al acestei reguli este realizarea distincțiilor dintre deciziile de afaceri defectuoase și deciziile care au un deznodământ nefericit. Comparând efectele regulii judecății de afaceri cu evaluarea unui accident rutier, constatăm că în general, șoferul ar fi putut opta pentru o decizie rezonabilă, iar deciziile rutiere care au efecte nefericite sunt în mod tipic decizii proaste. Deciziile complexe de afaceri, în schimb, sunt caracterizate nu doar de un context al informațiilor incomplete, dar și de riscuri aferente oricărei decizii adoptate. În practică, există în general o paletă largă a deciziilor care pot fi considerate a fi rezonabile. Alegerea uneia dintre căi nu definește o decizie care a avut efecte nefavorabile ca fiind, din aceste considerente, o decizie greșită.

²² Art. 4.01 din *ALI Principles of Corporate Governance*, *supra* 207. Formularea actuală a acestei reguli, preluată de majoritatea jurisdicțiilor de drept continental care au ales să o codifice, este regăsită în două surse de *common law*: jurisprudența din Delaware și formularea Institutului de Drept American prin *ALI Principles*.

²³ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 204, pp. 961-962.

Regula judecății oneste dar eronate, *honest-error-of-judgment rule*, acoperă tocmai aceste cazuri restrânse, în care, dacă persoana ar putea da timpul înapoi, ar opta pentru o altă decizie în situația respectivă. Dacă administratorul are o judecată rezonabilă a distribuției probabilității riscurilor, dar consecințele sunt nefericite, se poate afirma că acesta nu a comis o eroare în sensul obișnuit al cuvântului. În considerarea evaluării *ex post* a diligenței și prudenței, nu vom confunda însă regula judecății de afaceri (*business judgment rule*) cu regula judecății oneste, dar eronate (*honest-error-of-judgment rule*)²⁴. Câmpul de aplicare a regulii judecății de afaceri este mult mai vast decât cel al greșelii oneste și va împiedica angajarea răspunderii administratorilor, chiar dacă decizia în sine nu este rezonabilă, deoarece standardul de care sunt ținuti administratorii societari este mai scăzut decât standardul analizării unor obligații de rezultat. Considerăm că răspunsul este oferit de buna-credință, care nu poate fi omisă nici în analiza diligenței și a prudenței. Prin reglementarea regulii, legea nu urmărește descurajarea adoptării unor decizii curajoase, ci îndeamnă pregătirea temeinică a adoptării acestora²⁵.

Standardul potrivit pentru analiza conținutului deciziilor de afaceri poate fi privit din două puncte de vedere. În primul rând, acesta poate fi determinat ca fiind un *standard al rațiunii*, administratorii vor trebui să fie capabili să explice raționamentele care au stat la baza procesului decizional, deoarece raționamentul reprezintă o cerință minimă a unei rațiuni de bază²⁶, respectiv decizia tipică în care lipsește rațiunea este cea în care argumentele raționale și o explicație satisfăcătoare nu pot fi redată într-o manieră simplă²⁷.

²⁴ În anii 2000, în doctrina de *common law* au debutat discuții despre analogia între răspunderea medicilor și răspunderea administratorilor, autorul de referință fiind Franklin A. Gevurtz.

²⁵ Burgman, D. A., Cox, P. N.: *Corporate Directors, Corporate Realities and Deliberative Process: An Analysis of the Trans Union Case*, Journal of Corporation Law nr. 11/1986.

²⁶ Cauza *Selheimer v. Manganese Corp. of America* 423 Pa. 563, 224 A.2d 634, Curtea Supremă din Pennsylvania, 1966, în care instanța a constatat că administratorii au direcționat toate fondurile societății spre o fabrică cu o singură linie de producție, deși cunoșteau faptul că ea nu putea fi operată profitabil pe termen lung, datorită infrastructurii locației, a locurilor de depozitare, etc.

²⁷ Cauza *Sam Wong & Sun v. New York Mercantile Exch.*, 735 F.2d 653, 678 n.32, US Court of Appeals, 1984.

Cea de-a doua modalitate de abordare a standardului de evaluare a conținutului deciziilor de afaceri se îndepărtează de elementele procedurale și recomandă verificarea bunei-credințe a persoanelor care au votat adoptarea unei politici societare. Așadar, analiza calității deciziilor se va face doar în sensul verificării irosirii averii acționarilor de către administrator, deoarece „nu există nicio bază legitimă pentru a angaja răspunderea sau pentru a obliga la plata de daune un administrator cu adevărat neinteresat, care a acționat cu bună-credință și cu diligență într-o chestiune care se circumscrie puterii sale de gestiune. A recunoaște instanțelor o putere de evaluare a substanței deciziilor de afaceri în ceea ce privește caracterul rezonabil, înseamnă a transforma instanțele în super-administratori”²⁸.

58. Evaluarea subiectivă a bunei-credințe este relevantă în două situații²⁹. În primul rând, buna-credință se dovedește utilă pentru determinarea existenței unui conflict de interese sau a altor motive ilicite care determină luarea unor decizii de afaceri, cum ar fi ură, gelozie, invidie sau alte cauze imorale. În al doilea rând, decizia de aprobare a unei hotărâri care are ca efect comiterea unui act imoral sau ilegal va fi de asemenea exclusă din câmpul de protecție a regulii judecătii de afaceri, în ciuda caracterului rațional al deciziei și a lipsei unui conflict de interese. Buna-credință este o condiție universală, pe de-o parte condiționează în mod subiectiv acordarea efectelor protective ale regulii, iar pe de altă parte demonstrează caracterul ei flexibil. Spre deosebire de standardul tradițional al bunei-credințe, standardul rațiunii reprezintă un echilibru între corectitudine, echitate și principiile angajării răspunderii. Acest standard lărgeste câmpul de decizie al administratorilor, nu îi descurajează de la adoptarea deciziilor curajoase, păstrând un grad minimal de responsabilitate³⁰ al organelor decizionale pentru deciziile luate.

²⁸ Cauza *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation*, 576 A.2d 654, Delaware Court of Chancery, 1990.

²⁹ Branson, D. M.: *The Rule That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, Valparaiso Univ. Law Review vol. 36, nr. 3/2002, p. 644.

³⁰ William Quillen, fost Președinte al Curții Supreme din Delaware, aprecia că „avocații administratorilor încearcă să susțină că dovedirea fraudei este o condiție esențială a angajării răspunderii organelor de conducere”, a se vedea Quillen, W.: *Business Judgment and Neutral Principles*, Delaware Journal for Corporate Law nr. 10/1985.

3. Conținutul obligației de diligență și prudență în unele state membre ale Uniunii Europene

59. Vom selecta câteva aspecte cheie ale reglementărilor obligației de diligență și prudență din statele membre UE, relevante pentru a identifica elementele comune și diferențele de interpretare din diferite jurisdicții care au împrumutat această obligație din jurisprudența de *common law*. Deși majoritatea statelor derivă această obligație din elementele contractului de mandat ³¹, standardul de diligență și prudență diferă considerabil între jurisdicții. În urma unei analize comparative am constatat că jurisprudența continentală nu a diferențiat încă în mod clar între standardele de conduită și standardele de evaluare³², evaluarea sau analiza judiciară a conduitei fiduciare este cu mult mai diversificată decât standardul de conduită.

Trăsăturile comune ale abordărilor statelor membre UE în reglementarea obligațiilor administratorilor se datorează în cea mai mare parte provocărilor juridice și economice comune ale lor și abordate individual de dreptul societar, cu luarea în considerare a generozității influențelor americane. Codul Civil olandez, de exemplu, prevede că administratorii sunt responsabili pentru „îndeplinirea corespunzătoare a sarcinilor atribuite”³³. O perspectivă mai complexă este adoptată de legea germană, care stabilește obligațiile comportamentale ca elemente ale obligației de diligență și prudență: obligația expresă de a respecta legile aplicabile (*Legalitätspflicht*)³⁴ și obligația de diligență și prudență în sens restrâns (*Sorgfaltspflicht im engeren Sinne*). Similar cu alte jurisdicții europene, Germania prevede în mod expres obligația de supraveghere care incumbă

³¹ În afară de cele 26 de state membre UE în care obligațiile fiduciare sunt codificate, în Cipru, acestea sunt parțial prevăzute în norme legale, parțial aplicate de jurisprudență, în vreme ce în Irlanda acestea sunt aplicate doar în baza precedentelor judiciare.

³² Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E. P.: *Study on Directors' Duties and Liability, prepared for the European Commission*, by Department of Law, London School of Economics, Londra, 2013, p. 77.

³³ Art. 2.9 Cod Civil olandez.

³⁴ Obligația de a nu determina societatea să încalce legea este inclusă în mod tradițional în componența obligației de loialitate sau a bunei-credințe. Vom trata în mod exhaustiv această obligație în capitolul IV.

administratorilor (*Überwachungspflichten*), respectiv supravegherea afacerilor societății și a persoanelor subordonate. Doctrina germană dominantă menționează existența unei așteptări de la administratori, ca aceștia să își avanseze integralitatea abilităților lor în interesul societății. O componentă a obligației generale de gestionare diligență este datoria de a menține o ordine internă a responsabilităților și de a manifesta interes pentru avansarea obiectivelor societății³⁵. Acest scop social nu reprezintă o obligație de acțiune exclusiv în interesul acționarilor, atâta timp cât se asigură profitul societății pe termen lung³⁶.

Obligația de supraveghere a afacerii în ansamblul său, element component al obligației de diligență și prudență, poate fi dedusă din Legea societăților din România³⁷, printr-o normă care reiterează aplicabilitatea îndatoririlor administratorilor și responsabilitatea personalului de conducere pentru acțiunile subalternilor. Administratorii vor fi răspunzători dacă „dauna nu s-ar fi produs dacă ei ar fi exercitat supravegherea impusă de îndatoririle funcției lor”. În același sens, Legea spaniolă îmbină obligația generală de diligență și prudență cu o obligație absorbită, dar reglementată în mod expres, de a se informa și de a fi mereu informat³⁸.

60. Prevederea franceză din *Code de commerce*³⁹ reglementează doar erorile de gestiune ale administratorilor („*fautes comises dans leur gestion*”) și fundamentele angajării răspunderii lor. Prin urmare, îndatoririle lor fiduciare au fost definite progresiv de jurisprudență, fără a oferi o definiție legală conținutului obligațiilor individuale. *Faute de gestion* este privită ca un concept delicat chiar și în doctrină⁴⁰, datorită varietății de conduite care pot

³⁵ Art. 93 alin. 1 teza a 2-a din Legea germană a societăților pe acțiuni (*Aktiengesetz*), interpretat de Junius, G. W. A.: *Company Directors – Jurisdictional comparisons*, European Lawyer Reference series, vol. 2012, p. 183.

³⁶ Hüffer, K: *Großkommentar zum AktG*, ediția a 9-a, Ed. C. H. Beck, München, 2010.

³⁷ Art. 144 ind. 1 alin. 1 și alin. 2 din Legea română a societăților.

³⁸ Art. 225-226 din Legea spaniolă a societăților.

³⁹ Art. 225-251 teza 1 Cod Comercial francez: „*Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion*”.

⁴⁰ Lévi, C. Y.: *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance?*, Ed. Lexis Nexis, Litec, Paris, 2008, p. 254.

conduce la o greșeală de administrare și care pot fi contrare intereselor societății.

Fundamentarea obligației de diligență și prudență pe prevederile referitoare la *faute de gestion* este susținută de doctrina majoritară⁴¹ și include și erori comise fără intenție, indiferent de gradul neglijenței, gravă sau obișnuită. *Faute de gestion* poate fi determinată prin îndeplinirea unei sarcini, printr-o conduită activă sau prin omisiunea de a acționa, prin acte și fapte riscante datorită absenței fricii, a lipsei de anticipare sau a incompetenței. S-a menționat în jurisprudență că se va angaja răspunderea administratorilor pentru „o simplă opțiune strategică, dar care relevă manifestarea de re-credință prin acționarea contrară intereselor societății”⁴².

Regimul răspunderii administratorilor instituit prin Codul Comercial francez a fost extins de jurisprudență la situațiile de încălcare a obligațiilor fiduciare. Răspunderea civilă delictuală prevăzută în art. 1383 Cod Civil va fi angajată „nu doar pentru faptele comise de o persoană, ci și prin imprudența sau neglijența manifestată”. Această regulă este coroborată cu răspunderea obiectivă pentru fapta altuia din art. 1384 Cod Civil, care prevede că „o persoană nu va răspunde doar pentru prejudiciile cauzate prin propriile acte, ci și pentru acelea săvârșite de persoanele pentru care este răspunzător sau de lucrurile aflate în paza sa”.

La finalul anilor 1940, tendința jurisprudențială a evoluat de la abordarea contractuală a răspunderii civile, prin împrumutarea elementelor contractului de mandat, la o răspundere civilă specifică dreptului societar. Cu toate acestea, termenul de *mandataires sociaux* (mandatari ai societății) este încă utilizat atât în dispozițiile Codului societăților, cât și de jurisprudență. Trecerea la o „abordare instituțională” a debutat cu o hotărâre a Curții Supreme din 1946⁴³, care a subliniat efectele separației de puteri dintre acționari și consiliul de administrație.

În conformitate cu dispozițiile Codului Comercial, angajarea răspunderii este individuală și nu se va angaja răspunderea întregului organ

⁴¹ Basdevant, F., Carvériat A., Monod., F.: *Le guide de l'administrateur de société anonyme*, Ed. Lexis Nexis Litec, Paris, 2004, p. 62.

⁴² Cass. Com. 21.09.2004, Bull Joly.

⁴³ Cass. Civ., 4 juin 1946: JCP 1947, II, 3518.

colegial pentru o eroare de gestiune, însă răspunderea membrilor este solidară⁴⁴. Într-o decizie celebră, Curtea de Casație franceză a reținut „o eroare individuală a fiecărui membru al consiliului [...] care, prin acțiunea sau omisiunea sa, participă la o decizie greșită a acestui organ. Administratorul va răspunde dacă nu se stabilește că s-a comportat prudent și atent, în special prin opoziția exprimată la o astfel de decizie”⁴⁵. Prin urmare, potrivit jurisprudenței recente, prezumția legală este în favoarea acționarilor, iar orice administrator, indiferent dacă este prezent sau nu, poate fi răspunzător pentru decizia ilicită a consiliului ca organ colectiv. Pentru a evita angajarea răspunderii, opoziția administratorului față de o anumită decizie trebuie să fie clar exprimată și menționată în procesul-verbal al ședinței, deoarece el are sarcina de a-și dovedi diligența și față de ceilalți membri ai consiliului de administrație.

Managementul defectuos este privit de jurisprudența franceză ca îmbrăcând forma neglijenței sau a manevrelor frauduloase. Reclamanții nu trebuie să dovedească lipsa bunei-credințe a administratorului, deoarece prezumția operează împotriva lui, iar culpa este apreciată *in abstracto*. În general, lipsa monitorizării sau delegarea totală a puterilor către subalterni, fără exercitarea unei supravegheri suplimentare, va conduce la angajarea răspunderii⁴⁶. Similar modelului german, instanțele franceze sunt uneori foarte stricte și, prin utilizarea standardului de evaluare obiectiv al conduitei administratorilor, vor angaja răspunderea administratorilor pentru omisiunea de a se consulta cu acționarii⁴⁷, pentru lipsa depunerii de eforturi pentru îmbunătățirea situației economice a societății sau pentru omisiunea informării acționarilor despre gravitatea situației⁴⁸. Administratorii vor răspunde de asemenea pentru lipsa îndeplinirii obligației de a determina societatea să respecte legile aplicabile, precum administratorul unui club de noapte care a încălcat normele legale privind drepturile de autor⁴⁹.

⁴⁴ Art. 225-251 Cod Comercial francez.

⁴⁵ Cass. Com. 30.03.2010 n°08-17.841, fonds de garantie des dépôts (FGD) c/ Sté Caribéenne de conseil et d'audit.

⁴⁶ Cass. Com. 6.02.1962: Bull. Civ. III n°80.

⁴⁷ Cass. Com. 12.03.1974: Gaz. Pal.

⁴⁸ Cass. Com. 5.06.1961: Bull. Civ. III n°254.

⁴⁹ Cass. Com. 4.07.2006 n°865.

Această convergență a reglementărilor de drept comun din Codul Civil cu dispozițiile *lex specialis* este specifică abordării obligației de diligență și prudență din dreptul român. Chiar dacă regimul angajării răspunderii este stabilit expres prin Codul Comercial (Franța) sau prin Legea societăților (România), aceste prevederi sunt completate de dispozițiile flexibile ale dreptului comun. Indiferent de natura civilă sau comercială a mandatului, executarea acestuia include toate actele necesare pentru îndeplinirea obiectului acestuia, chiar dacă ele nu sunt menționate în mod expres. Legiuitorul francez prevede în art. 1848 Cod Civil că, „*dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société*” („în relația cu asociații, administratorul poate efectua toate actele de administrare impuse de interesul societății”). Același înțeles se poate deduce din formularea art. 2016 alin. 3 Cod Civil român, care prevede că „mandatul se întinde și asupra tuturor actelor necesare executării lui, chiar dacă nu sunt precizate în mod expres”. Prin această formulare, legiuitorul recunoaște că mandatarul este uneori forțat să ia inițiativă, iar judecata sa de afaceri va fi provocată.

61. Cea mai comprehensivă lege britanică din toate timpurile cu peste 1300 de secțiuni, Legea societăților comerciale din 2006 (*UK Companies Act 2006*) reprezintă și prima codificare expresă a obligațiilor fiduciare ale administratorilor în Marea Britanie. Înainte de promulgarea acestei legi, Regatul Unit nu conținea nici măcar o regulă scrisă cu privire la obligațiile fiduciare ale administratorilor, deoarece opinia dominantă în jurisprudență era aceea că ar fi practic imposibil să se exprime în textul unei legi toate elementele intrinseci și nuanțele unor principii generale care să servească la ghidarea evaluării conduitei fiduciare⁵⁰. Principala justificare a culegerii și codificării acestor obligații a fost îmbunătățirea și standardizarea jurisprudenței prin reflectarea celor mai bune practici, oferirea unei legi accesibile și previzibile și a protecției întreprinderilor mici, cu acces redus la consultanță juridică.

Marea Britanie promovează o supremație echilibrată a acționarilor, interesul suprem fiind maximizarea averii acționarilor, cu luarea în considerare a relațiilor dintre societate și creditor. Legea societăților

⁵⁰ Hon Lady Justice Arden: *Companies Act 2006 UK: A new approach to directors' duties*, Ed. Oxford University Press, Cambridge, 2007, p. 165.

cuprinde șapte îndatoriri: obligația de a acționa în limitele puterilor conferite (secțiunea 171), obligația de a exercita o judecată independentă (secțiunea 173), obligația de a avea o diligență rezonabilă, pricepere și prudență (secțiunea 174) și obligația de bună-credință, care include obligația de a acționa în interesul suprem al societății și de a-și exercita puterile într-un scop adecvat (secțiunea 181). Similar principiului de drept civil francez menționat anterior, secțiunea 170 alin. 3 permite completarea normelor legale cu dispozițiile de drept comun, care în Marea Britanie sunt cuprinse în reguli de *common law*, principiile judecătii în echitate și principii generale de drept. Noutatea dispoziției legale este conferită de secțiunea 170 alin. 4, care subliniază faptul că obligațiile fiduciare ar trebui „interpretate și aplicate în același mod ca orice regulă de *common law* sau ca un principiu al judecătii în echitate” pe care se întemeiază aceste obligații și impune instanței să țină cont de „regulile corespondente de drept comun la interpretarea și aplicarea obligațiilor generale”. Observăm apropierea dreptului britanic de dreptul continental prin obligarea administratorului de a considera interesul superior al societății și nu doar acela al acționarilor, conform jurisprudenței americane.

Obligația administratorului de a acționa în limitele puterilor conferite include nu numai obligația de a acționa în conformitate cu actul constitutiv și statutul societății, ci de a-și stabili conduita în conformitate cu scopurile pentru care aceste obligații au fost conferite. Îndeplinirea scopului pentru care administratorii au fost numiți a fost subliniat adesea în jurisprudență. Prin analiza unor motivări emise de instanțele britanice, apreciem că deși *common law* nu asimilează contractul de administrare unui contract de mandat, motivările furnizate de jurisprudență par să îmbrățișeze întocmai acest scop, respectiv scopul funcției fiduciare este îndeplinirea obiectului raportului juridic de mandat. Administratorul are o largă putere de decizie, însă va trebui să utilizeze în mod corespunzător activele societății⁵¹ și să urmărească acest scop prin exercitarea „cu bună-credință a puterii discreționare în obținerea a ceea ce administratorul, iar nu instanța, consideră a fi în interesul superior al societății”⁵².

⁵¹ Cauza *Bishopgate Inv. Manag. Ltd. v. Maxwell*, BCLC 814, Curtea de Apel din Anglia și Țara Galilor, 1994.

⁵² Cauza *Re Smith and Fawcett Ltd.*, Ch 304, Curtea de Apel din Anglia și Țara Galilor, 1942.

Obligația de a exercita diligență, îndemânare și atenție impune aplicarea unui test obiectiv, și anume compararea conduitei efective cu aptitudinea și experiența generală care pot fi așteptate în mod rezonabil de la o persoană care îndeplinește acea funcție în respectiva societate. În plus, se va aplica un test subiectiv, care verifică priceperea efectivă și cunoștințele administratorului. Elementul subiectiv poate ridica standardul de evaluare în cazul cunoștințelor specializate ale unui administrator, dar acest test nu permite acționarilor să „impună un standard de așteptări predefinite cu privire la calitatea de management a directorului general”, deoarece „calitatea managementului este unul dintre riscurile inerente ale investitorilor”⁵³.

62. Constrângerile comportamentale reprezintă aceleași criterii ca și cele utilizate de dreptul continental pentru definirea standardului de diligență și prudență. Standardul *obiectiv*, cel mai strict dintre cele trei, este definit prin referire la diligența și prudența datorată de un om de afaceri prudent, care deține cunoștințele și expertiza care pot fi așteptate în mod rezonabil de la o persoană aflată într-o situație comparabilă⁵⁴. Abordarea intermediară, *standardul obiectiv/ subiectiv*, se aplică de asemenea prin compararea conduitei cu cea a unui om de afaceri prudent, însă spre deosebire de prima abordare, nu prevede în mod expres așteptări sporite în ceea ce privește abilitățile individuale ale mandatarului. Standardul *subiectiv*, cel mai flexibil, deși se bazează pe o definiție obiectivă a diligenței și prudenței, permite interpretări mai flexibile și mai deschise în cazuri precum lipsa cunoștințelor sau a experienței medii. Cu excepția a patru state, toate jurisdicțiile UE prevăd standardul obiectiv/subiectiv sau standardul obiectiv⁵⁵.

Prin prisma reglementărilor și a jurisprudenței analizate, apreciem că obligația de diligență și prudență poate funcționa ca un factor eficient de descurajare a conduitei abuzive numai dacă este asociată o normă legală clară de codificare a regulii judecătii de afaceri, care determină standardul de evaluare a diligenței și prudenței și stabilește cu claritate sarcina probei. Majoritatea statelor membre UE, respectiv 18 din 28, utilizează standardul

⁵³ Cauza *Re Elgindata Ltd.*, BCLC, 959, Londra, 1991.

⁵⁴ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 226, p. 121.

⁵⁵ Cele patru excepții sunt Cipru, Grecia, Irlanda și Luxemburg.

obiectiv prin referire la un om de afaceri prudent și, cu câteva excepții, standardul este reglementat în mod expres în legislațiile naționale. Deși au preluat standardul de conduită după modelul de inspirație americană, majoritatea jurisdicțiilor UE nu au prevăzut și răsturnarea sarcinii probei în urma aplicării regulii⁵⁶. Anumite state, printre care Franța, Belgia și Luxemburg, urmează regula generală de alocare a sarcinii probei în ceea ce privește neîndeplinirea acestei obligații de mijloace (*obligations de moyens*).

Apreciem că pentru îndeplinirea efectelor fundamentale ale regulii judecătii de afaceri, și pentru realizarea funcției inerente a obligațiilor de mijloace, sarcina dovedirii încălcării obligațiilor fiduciare de către administrator ar trebui să urmeze modelul clasic din dreptul procesual civil și să incumbe inițial reclamanților. În situațiile în care reclamanții reușesc să prezinte elementele care sugerează un interes personal sau financiar promovat de către administrator, sarcina probei ar trebui să fie răsturnată ca efect al răsturnării prezumției instituită de regula judecătii de afaceri. Există, cu toate acestea, un număr considerabil de state membre UE care plasează sarcina probei acționarilor reclamanți, iar aceasta nu se răstoarnă⁵⁷. Ca o ultimă remarcă în analiza comparativă a obligației de diligență și prudență, menționăm că toate statele prevăd fie în legislație, fie în jurisprudență sau în doctrină, faptul că delegarea totală a sarcinilor nu reprezintă înlăturarea responsabilității inclusă în obligația de diligență și prudență.

4. Obligația de diligență și prudență a administratorilor în dreptul român

63. Doctrina împarte strategiile de reformare a dreptului societar în trei categorii. Prima grupă de jurisdicții este caracterizată de o puternică tradiție legală și o presiune a standardizării, precum Germania⁵⁸. În categoria

⁵⁶ Austria, Croația, Cehia, Estonia, Germania, Grecia, Ungaria, Italia, Letonia, Polonia, Portugalia și Slovenia, a se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 226, p. 104 și urm.

⁵⁷ Belgia, Bulgaria, Cipru, Danemarca, Finlanda, Franța, Irlanda, Lituania, Luxemburg, Malta, Olanda, Slovacia, Spania, Suedia și Marea Britanie.

⁵⁸ *Guide to Directors' Duties and Liabilities*, un raport al International Finance Corporation, parte a World Bank Group și European Confederation of Directors Associations, 2015, p. 7 și McCaher, J. A., Vermeulen, E. P. M.: *New Business Law and Innovation: A Comparative*

de mijloc se poziționează statele influențate de presiunile globalizării și ale armonizării guvernantei corporative în contextul afacerilor transnaționale, precum Marea Britanie. Jurisdicțiile din Asia se află în extrema opusă, fiind definite de o continuă adaptare a legislației în conformitate cu așteptările sau cu exigențele pieței, creând mereu noi instituții juridice, în state precum Japonia sau India.

Dintre cele două direcții de modernizare a dreptului societar, respectiv extinderea puterii administratorilor sau a acționarilor/ asociaților, legiuitorul român a optat foarte clar pentru lărgirea drepturilor executivului societății. Inspirat de modelul american al regulii judecății de afaceri, de luarea deciziilor corporative fără a descuraja riscul inerent relațiilor comerciale și inovația de orice fel, modelul românesc confirmă preferința pentru „*risk of director error to that of judicial error*”. Spre deosebire de legislațiile de *common law*, se încearcă totodată obținerea unui echilibru just între drepturile creditorilor și îndeplinirea scopului societății prin conferirea încrederii sporite administratorilor.

64. Această politică legislativă este similară modelului german, care conferă o paletă largă de decizii administratorului, de la care se așteaptă să acționeze ca un jucător rațional⁵⁹. Societățile din România sunt și ele caracterizate în realitatea economică actuală de conflictul de interese dintre autoritate și putere, această tensiune fiind determinată de informarea inegală a celor două părți ale contractului de mandat în ceea ce privește derularea afacerilor curente ale societății⁶⁰. În ton cu această tendință, legiuitorul român a îmbogățit reglementările obligațiilor fiduciare, atât în dreptul comun, cât și în legislația specială.

Pe de-o parte, intervențiile legiuitorului în dreptul societar au surprins practica judiciară prin prevederile numeroase și cuprinzătoare ale

Analysis, Regional Comparative Advantage and Knowledge Based Entrepreneurship, European Commission, DG Research, 2008, pp. 4-6.

⁵⁹ Siems, M.: *Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre: ein Beitrag zur vergleichenden Corporate Governance in Zeiten der Globalisierung*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, cap. 3 *Konvergenz durch Kongruenz*, p. 331.

⁶⁰ Catană, R. N.: *Dreptul Societăților Comerciale, Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, p. 160.

Codului Civil⁶¹, spre deosebire de legislația specială în ceea ce privește mandatul administratorului⁶². Pe de altă parte, modernizarea dreptului societar în România a avut loc nu doar prin adoptarea Codului Civil și a abrogării Codului Comercial, dar și prin modificările succesive aduse *Legii societăților comerciale* nr. 31/1990, republicată, în prezent, „*Legea societăților*”⁶³. Separarea funcțiilor de direcție și de control, stabilitatea funcțiilor membrilor directoratului, importanța acordată membrilor directoratului sunt doar câteva exemple. Un exemplu concret ar fi faptul că, începând cu anul 2006, societățile pe acțiuni beneficiază încă de la constituire de dreptul de opțiune între administrarea în sistem unitar și cea în sistem dualist. Acest răspuns al legiuitorului român la principiile guvernării corporative adoptate de OECD⁶⁴ este un pas categoric spre sporirea atribuțiilor decizionale ale executivului societății și a încrederii oferite administratorilor de a acționa în mod independent.

Lărgirea încrederii conferite administratorilor se observă aproape la fiecare modificare a legislației societare române. Spre deosebire de varianta inițială a Legii nr. 31/1990, actualmente, administratorii pot decide mutarea sediului și chiar schimbarea obiectelor secundare de activitate. Libertatea de acțiune este confirmată de renunțarea la formele excesive privind actele de dispoziție pe care le pot efectua administratorii cu privire la bunurile societății⁶⁵. Încrederea largă acordată administratorilor prin reglementarea obligației de diligență și prudență este dublată de obligația de loialitate, administratorii nu pot fi incompatibili⁶⁶ și nu pot presta activități concurente fără acordul asociaților, nici pe cont propriu și nici pentru alte persoane juridice, iar la momentul numirii lor, se va verifica condiția inexistenței

⁶¹ Textele de lege ale Codului Civil din prezenta lucrare se referă la Noul Cod Civil, Legea nr. 287/2009.

⁶² Codul Civil reglementează contractul de societate (art. 1881 și urm.) și contractul de mandat (art. 2009 și urm.).

⁶³ Modificare introdusă prin art. 18 pct. 31 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură Civilă.

⁶⁴ *Enterprise Policy Performance Assessment*, OECD, 2005, www.oecd.org/countries/romania/35443466.pdf [accesat la data de 18.03.2017]

⁶⁵ Art. 70 ind. 1 din Legea nr. 31/1990 introdus prin OUG nr. 2/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 31/1990 și a Legii nr. 26/1990 privind Registrul Comerțului.

⁶⁶ Art. 17 din OUG nr. 82/2007 modifică art. 138 ind. 2 din Legea nr. 31/1990.

oricărui dubiu privind un posibil conflict de interese⁶⁷. De aceeași rațiune se leagă și obligația de diligență și prudență, însă administratorul nu este prezumat prin formularea legii că acționează în mod rezonabil, loial și prudent în interesul societății.

În mod tradițional, funcția de administrator este încărcată cu prerogative predominant legale, respectiv obligații statutare. Obligațiile statutare sunt inerente funcției și determină din punct de vedere organic funcția de administrator. Obligațiile statutare sunt regăsite în Codul Civil, în Legea societăților nr. 31/1990, în Legea nr. 297/2004 privind piața de capital și, nu în ultimul rând, în statutul societății. Acestea nu sunt de natura contractului de mandat, ci, fiind formulate de legiuitor sau de părți într-o manieră tehnică și concretă, sunt de esența funcției de administrare a societății. Deși sunt consecința ordinii publice interne a societății⁶⁸, scopul obligațiilor statutare este protecția societății și a acționarilor ori a asociațiilor și mai puțin protecția administratorului. Prin modificările succesive, legiuitorul încearcă reglementarea exercitării concrete a acestor obligații teoretice prin definirea caracterului lor fiduciar.

Deși normele referitoare la mandatul administratorilor sunt clare și previzibile, coroborarea acestora poate fi dificilă datorită normelor de trimitere dintre legislația specială și dreptul comun. Codul Civil prevede expres faptul că dispozițiile din cuprinsul său reprezintă dreptul comun în materia societăților, aplicabil tuturor formelor de organizare a societăților⁶⁹. Utilitatea Codului se dovedește însă a fi mai mare în cazul societăților cu răspundere limitată, având în vedere faptul că legislația *sui generis* a societăților pe acțiuni de tip deschis conține prevederi exhaustive și suficient de specifice⁷⁰.

⁶⁷ Art. 197 alin. 2 și 3 din Legea nr. 31/1990.

⁶⁸ A se vedea Catană, R. N., *op. cit. supra* 254, p. 170.

⁶⁹ Art. 1887 din Codul Civil, art. 139 alin.1 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009.

⁷⁰ În cadrul Titlului III al Legii nr. 31/1990, „Funcționarea societăților”, capitolul I conține dispoziții comune pentru toate tipurile de societăți, iar art. 72 prevede faptul că „obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”.

65. În concepția Codului Civil prevalează ideea de natură contractuală a mandatului în detrimentul normelor imperative și a rigidității reglementării anterioare. Potrivit doctrinei și a jurisprudenței naționale, natura juridică a rolului de administrator este cea de mandatar social. Reprezentarea devine în mod indubitabil un element intrinsec al administrării în baza contractului de mandat, potrivit reglementării exprese a art. 2012 Cod Civil. Sub reglementarea Codului Civil din 1864, mecanismul juridic al reprezentării se explica doctrinar plecând de la efectele contractului de mandat clasic, care prin natura sa era un contract care prezuma reprezentarea. Prin preluarea reglementărilor anterioare din Decretul nr. 31/1954 referitoare la reprezentare în Codul Civil actual, legiuitorul nu doar că a adaptat caracterele reprezentării realităților actuale, dar a contribuit și la lărgirea puterilor de reprezentare ale administratorului. O modificare care accentuează ideea mandatului cu reprezentare este aceea că membrii directoratului sau administratorii unei societăți pe acțiuni nu pot avea calitatea de salariați ai societății pe perioada executării mandatului, funcție incompatibilă cu instituția mandatului, conferită *intuitu personae*⁷¹.

Flexibilitatea decizională este dată și de dreptul de reprezentare care aparține de regulă fiecărui administrator, afară de stipulație contrară în actul constitutiv, decizii care sunt apreciate *in concreto*. În contrapartidă, administratorii răspund personal și solidar pentru daunele pricinuite societății⁷². Accentul pe această încredere dată personal este susținut de interdicția transmiterii calității de administrator fără acordul asociaților, administratorul răspunzând personal pentru încălcare. Varianta inițială a Legii societăților din anul 1990 prevedea expres faptul că societatea nu se obligă în nici un fel pentru terți, dar prin evoluția instituției mandatului aparent, jurisprudența actuală tinde spre repararea prejudiciului de către societate și a exercitării ulterioare a dreptului de regres împotriva administratorului⁷³. Și în acest caz, Codul Civil lărgeste cadrul prevederilor mai stricte ale legislației speciale prin oferirea posibilității substituirii în

⁷¹ Art.137 ind. 1 alin. 3 din Legea nr. 441/2006 coroborat cu O.U.G. nr. 82/2007.

⁷² Art. 75, art. 198 alin. 2 din Legea nr. 31/1990.

⁷³ Art. 71 din Legea nr. 31/1990 varianta actualizată în anul 2013 și art. 41 din prima variantă a Legii nr. 31/1990.

anumite situații cu caracter urgent sau în condiții excepționale cu obligația înștiințării mandantului de îndată⁷⁴.

Potrivit art. 1914 Cod Civil, administratorii au dreptul de a încheia toate actele ce se impun pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății, „în absența opoziției asociaților”, iar actele făcute de organele de administrare în limitele puterilor ce le-au fost conferite sunt actele persoanei juridice înseși și obligă persoana juridică, chiar dacă aceste acte depășesc puterea de reprezentare conferită administratorului. Apreciem că intenția legiuitorului este evident aceea de a sublinia caracterul excepțional al răspunderii directe a administratorului față de terți, acesta având dreptul și obligația de a lua decizii înțelepte referitoare la „toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății, afară de restricțiile arătate în actul constitutiv”⁷⁵. Această formulare care include toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății este completată de prevederile permissive ale dreptului comun. Indiferent de natura civilă sau comercială a mandatului, acesta se întinde asupra tuturor actelor necesare executării lui, chiar dacă nu sunt precizate în mod expres, inovația interpretării fiind relevată de prevederile art. 2017 Cod Civil⁷⁶, dispoziție completată de art. 802 Cod Civil.

66. Printr-o reglementare adaptată circuitului civil și comercial actual, legiuitorul admite faptul că administratorul este nevoit să se abată uneori de la instrucțiunile primite, iar judecata sa de afaceri este provocată. Coroborarea acestor prevederi legale reprezintă în opinia noastră unul dintre cele mai bune exemple de modernizare a normelor referitoare la reprezentare prin luarea în considerare a situațiilor comerciale neprevăzute și augmentarea încrederii în capacitățile decizionale ale administratorului. Astfel, administratorii datorează obligațiile statutare și obligațiile fiduciare

⁷⁴ Evoluția instituției substituirii mandatarului se poate observa prin compararea prevederilor art. 2023 Cod Civil cu art. 1542 din Cod Civil 1864 și cele ale art. 71 din Legea nr. 31/1990 cu art. 41 din varianta inițială a Legii.

⁷⁵ Art. 219 Cod Civil coroborat cu art. 70 din Legea nr. 31/1990.

⁷⁶ Reglementarea anterioară, art. 1537 Cod Civil 1864 prevedea faptul că „mandatarul nu poate face nimic afară din limitele mandatului său. Facultatea de a face o tranzacție cuprinde pe aceea de a face un compromis”.

societății, și mai puțin acționarilor, care sunt protejați de lege prin reglementarea acțiunii în răspundere contra membrilor administrației.

Interesul suprem protejat de lege este cel al mandantului, respectiv al societății administrate, și nu al persoanelor care dețin capitalul sau autoritatea. Un bun exemplu în acest sens este faptul că, dacă intervine un caz de încetare a mandatului, stingerea obligațiilor mandatarului nu poate fi bruscă, ci potrivit art. 2030 Cod Civil, mandatul nu încetează imediat în cazul în care acesta a fost dat pentru desfășurarea unei activități cu caracter de continuitate.

Nu putem afirma faptul că administratorul reprezintă acționarii, caracteristica mandatului acordat acestuia este exercitarea unor puteri proprii și legea atribuie adunării generale a acționarilor și mandatarului competențe absolut distincte. Numirea și revocarea administratorilor de către asociați/acționari reprezintă o putere legală conferită acestora, independentă de contractul de mandat. Conform teoriei britanice a „*nexus of contracts*”⁷⁷, administratorul nu este mandatarul societății, ci reprezintă însăși societatea, fiind un organ fără de care entitatea socială nu ar putea exista. Deși am tratat pe larg dezbaterile doctrinare privind natura relației dintre administrator și societate în primul capitol, subliniem faptul că încheierea acestui contract de mandat nu este decât îmbrăcarea relației dintre societate și administrator într-o haină juridică adecvată prin caracteristicile relației dintre părți. În orice caz, legătura dintre administrator și societate rămâne una organică, guvernată de principiile separației dintre putere și control⁷⁸.

Deși conținutul contractului de mandat este reglementat mult mai detaliat în Codul Civil, deopotrivă prin norme imperative și prin norme supletive, noua formulă dorește crearea unui raport juridic orizontal, susținut în principal de ideea obligațiilor fiduciare și încurajat de caracterul *intuitu personae* al acestei instituții. Dacă încrederea dispare din raporturile juridice care izvorăsc din contractul de mandat, a cărui trăsătură esențială este caracterul *intuitu personae*, revocarea își păstrează caracterul discreționar.

⁷⁷ Bainbridge, S. M.: *The Board of Directors as a Nexus of Contracts: A Critique of Gulati, Klein and Zolt's Connected Contracts Model*, University of California Los Angeles School of Law Research Paper nr. 02-05/2002. Teoria „*Nexus of contracts*” este o idee lansată de unii juriști și economiști, care susțin că societatea nu este nimic altceva decât o colecție de contracte între diferite părți, acționari, administratori, angajați, clienți și furnizori.

⁷⁸ A se vedea Catană, R. N., *op. cit. supra* 254, p. 165.

67. Încrederea oferită administratorilor este legată și de o răspundere a acestora pentru faptele abuzive. Atât societatea, cât și creditorii, sunt protejați prin acceptarea expresă⁷⁹ a mandatului de către persoana numită ca membru al directoratului, dublată de obligația de a încheia din acel moment o asigurare de răspundere profesională. După modelul german, răspunderea administratorului unui SRL din România este reclamabilă doar de către asociați, nu și de către creditori, atâta timp cât nu s-a demarat procedura insolvenței față de societate. Aceste prevederi existente chiar la momentul inițial al legii⁸⁰ construite pe aceeași noțiune de încredere propune soluția remedierii deficiențelor reclamate de către persoanele care au numit administratorii și a căror încredere a fost încălcată. Raționamentul acestui remediu este fundamentat pe faptul că „pericolul social” creat de faptele reclamabile ale administratorilor este redus atâta timp cât societatea este solvabilă și răspunderea personală a administratorului tinde să fie privită în variantele modificate ale Legii societăților ca și încălcarea încrederii acționarilor. În raporturile cu terții, societatea este „de partea” administratorului care o reprezintă⁸¹.

68. Obligația fiduciară de diligență și prudență a fost introdusă în dreptul societar român în anul 2006. Legislația specială reglementează obligația de diligență și prudență în cuprinsul art. 144 ind. 1 din Legea nr. 31/1990 (LS), modificată prin OUG nr. 82/2007. Prin formularea expresă a acestui standard de conduită, respectiv, „membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu prudența și diligența unui bun administrator”, legiuitorul a păstrat esența obligației de diligență și prudență din dreptul anglo-saxon, dar textul rămâne loial naturii și esenței gestiunii de afaceri din art. 1330 Cod Civil, ale cărui prevederi nu sunt însă direct aplicabile conform formulării legale. Menționăm că spre deosebire de modelul original, formularea pentru care a optat legiuitorul român nu instituie o prezumție în favoarea administratorului, anume că acesta

⁷⁹ Cărpenaru, S., Piperea, Gh., David, S.: *Legea Societăților. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 486.

⁸⁰ Art. 73 din varianta actuală a Legii nr. 31/1990 are același conținut ca și art. 43 din prima variantă a legii.

⁸¹ Art. 24 din Legea nr. 441/2006 de modificare a art. 55 alin. 1 din Legea nr. 31/1990.

acționează în mod rezonabil, loial și prudent în interesul societății și nu se sugerează răsturnarea sarcinii probei.

În aceeași manieră, prin alin. 2 al aceluiași articol, legiuitorul codifică regula judecății de afaceri, respectiv „administratorul nu încalcă obligația prevăzută la alin. (1), dacă în momentul luării unei decizii de afaceri el este în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate”. Prin formularea aleasă, legiuitorul include în conținutul regulii componentele doctrinare clasice, cum ar fi obligația de a fi la curent cu informațiile relevante ale vieții societare în urma supravegherii acesteia.

În continuare, art. 144 ind. 2 alin. 3 LS surprinde cu exactitate a treia componentă a obligației de diligență și prudență, respectiv obligația de a utiliza datele obținute în urma supravegherii în scopul adoptării unor măsuri eficiente și a remedierii problemelor. Textul „directorii vor înștiința consiliul de administrație de toate neregulile constatate cu ocazia îndeplinirii atribuțiilor lor” surprinde transparența care ar trebui să caracterizeze o administrare eficientă și profesională a unei societăți, însă apreciem că obligația de a supraveghea evoluția afacerii în ansamblul acesteia nu este relevantă în mod expres de lege, dar poate fi dedusă. Apreciam ca bine-venită definirea deciziei de afaceri într-o manieră flexibilă în cuprinsul art. 144 ind. 1 alin. 3 LS, cu atât mai mult cu cât legiuitorul include în conceptul deciziei de afaceri atât actele comisive, cât și pe cele omisive, astfel încât și refuzul de a lua o decizie de afaceri poate fi protejat de regula judecății de afaceri cu condiția îndeplinirii premiselor acesteia. Obligația de diligență și prudență se exprimă prin exercitarea unei conduite proactive, fiind astfel încălcată dacă se constată că administratorii „nu au desfășurat nici o activitate de natură să aducă venituri societății, dimpotrivă, capitalul social a fost folosit pentru plata drepturilor salariale ale acestora și a angajaților”⁸². Răspunderea administratorului poate fi atrasă și de o inacțiune, cum ar fi neefectuarea unor acte care să împiedice continuarea pierderilor societății.

69. Obligația de supraveghere a afacerii poate fi dedusă din textele art. 144 ind. 2 alin. 1 și 2 LS, care reiterează aplicabilitatea reglementărilor referitoare la obligațiile mandatarilor și faptul că ei răspund pentru acțiunile

⁸² Trib. Botoșani, Decizia nr. 93/19.01.2017.

personalului încadrat, ale cărui acte ar fi trebuit monitorizate și verificate. Includerea obligației de supraveghere și de coordonare în obligația de diligență și prudență este evidentă⁸³. Astfel, administratorii vor răspunde față de societate „când dauna nu s-ar fi produs dacă ei ar fi exercitat supravegherea impusă de îndatoririle funcției lor”. Răspunderea pentru neîndeplinirea obligației de supraveghere este o răspundere pentru fapta proprie de încălcare a acestei condiții a obligației de diligență și prudență, și nu o răspundere în garanție. Delegarea atribuțiilor de supraveghere și asigurarea consultanței externe specializate pe o gamă largă de probleme nu înlătură această obligație, coordonarea și supervizarea modului în care persoanele cărora le-au fost delegate atribuțiile își desfășoară activitatea având un caracter de continuitate⁸⁴.

Potrivit dispozițiilor legii, nu poate fi delegată stabilirea direcțiilor principale de activitate și de dezvoltare ale societății. Neîndeplinirea obligației de a superviza și de a controla sarcinile delegate și lipsa unei cunoașteri minimale a legislației din domeniul de activitate al societății nu reprezintă o atitudine în interesul societății⁸⁵, iar simpla contrasemnare a opiniilor de specialitate, fără o apreciere a temeiniciei și oportunității acestora, îndeplinește latura subiectivă a răspunderii civile⁸⁶.

70. Componenta obligației de diligență și prudență de a întrebuința un proces decizional rezonabil și de a adopta decizii de afaceri rezonabile este inclusă exclusiv în cuprinsul art. 144 ind. 1 alin. 2 LS, când administratorul „este în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății”. Apreciem că prin normele de trimitere ale art. 72 LS, legiuitorul a lăsat să se subînțeleagă nucleul obligației de diligență și prudență ca fiind orientarea conduitei administratorului în interesul societății. Administratorul este obligat să realizeze o apreciere proprie, „fie chiar și cea a unui om cu diligență și pricepere medie, asupra caracterului întemeiat al opiniilor” de specialitate pe care le primește, „rolul acestora fiind consultativ și eventualele recomandări greșite [...] putând

⁸³ Trib. Com. Cluj, Decizia nr. 1209/27.06.2017.

⁸⁴ Trib. Com. Cluj, Decizia nr. 2103/21.10.2016.

⁸⁵ Trib. Spec. Cluj, Decizia nr. 2239/09.11.2016.

⁸⁶ C. Ap. Cluj, Decizia nr. 161/14.03.2017.

circumstanța sau influența răspunderea [...] în ce privește chestiuni tehnice complicate”⁸⁷.

71. Atribuțiile principale ale administratorului sunt „atributul de prudență în gestionarea patrimoniului societății, de prevenire a unor pierderi, în condițiile în care scopul elementar al unei societăți comerciale este acela de a produce profit”⁸⁸. Doctrina asociază sintagma „acționează în interesul societății” utilizată în formularea legii cu buna-credință și determină rolul acestei dispoziții ca fiind o modalitate de determinare a bunei-credințe a administratorului diligent și prudent⁸⁹, iar nu polul opus al „acționării în interes personal”, fiind repetată în dispoziția referitoare la obligația de loialitate din dispozițiile art. 144 ind. 1 alin. 4 LS. Privind art. 144 ind. 1 LS în ansamblul său, apreciem că spiritul acestei dispoziții legale este reglementarea obligației de diligență și prudență, cu sublinierea „testului final de bună-credință” aplicat oricărei decizii de afaceri înaintea aplicării regulii judecății de afaceri.

Într-o speță recentă, un administrator societar a refuzat să încheie un contract de achiziții publice cu societatea declarată câștigătoare printr-o licitație, ceea ce a determinat plata unor daune de către societate și neexecutarea în termen a unui contract de împrumut al societății administrate acordat din materia primă din rezerva de stat, care avea ca obiect păcură⁹⁰. Acest fapt a determinat cheltuieli suplimentare în cuantum de 631.677,60 lei reprezentând penalități, majorări și accize. Deși prima instanță a reținut încălcarea obligației de diligență și prudență de către administrator, Curtea de Apel a apreciat că administratorul a luat aceste decizii în urma primirii cu întârziere a unor analize de laborator efectuate într-o instituție de stat, din care a concluzionat că „datorită situației financiare deficitare în care se află societatea, oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere al prețului, al modalității de plată” și al calității materiei prime raportat la alte obligații contractuale ar fi încheierea contractului de achiziție cu o altă societate decât cea care a câștigat licitația. În urma unei

⁸⁷ *Idem*

⁸⁸ Trib. Spec. Cluj, Decizia nr. 2239/09.11.2016.

⁸⁹ A se vedea Bercea, L.: *Regula judecății de afaceri: despre involuția instituției înainte de nașterea sa*, Pandectele Române nr. 6/2006, p. 165.

⁹⁰ C. Ap. Timișoara, Decizia nr. 236/20.12.2012.

analize exhaustive a raționamentelor și a justificării administratorului de a lua deciziile de afaceri respective, instanța a apreciat că „deciziile de afaceri privesc rareori chestiuni univoce; dimpotrivă, în mod curent, ele constituie judecăți prudențiale de alegere între un anumit număr de alternative plauzibile. [...], iar dată fiind natura activității comerciale, în care chiar alegerile făcute diligent pot fi greșite, dacă o decizie de afaceri a produs prejudicii, calitatea ei și a procesului luării sale, precum și urmările produse trebuie să fie analizate prin raportare la cunoștințele și informațiile la care administratorul putea avea acces, în mod rezonabil, în momentul luării deciziei”.

Astfel, constatând buna-credință, judecata onestă și informată, urmărirea „cu loialitate a scopului social și exercițiul puterilor în interesul societății”, instanța a reluat argumentele de *common law* deja expuse în prima parte a capitolului și a dispus că „administratorul trebuie să se informeze în mod adecvat, dar nu exhaustiv [...]. Informarea prealabilă luării deciziei trebuie să fie suficientă față de circumstanțele afacerii, adică să fie completă relativ, iar nu absolut”.

72. Prin convergența interpretărilor contractului de mandat și a prevederilor instituției gestiunii bunurilor altuia, am demonstrat că obligația de diligență și prudență a administratorilor este o obligație de a face, de a încheia acte juridice, de a îndeplini operațiunile necesare pentru realizarea obiectului contractului și de a spori patrimoniul administrat. În ceea ce privește regimul răspunderii aferent acestei obligații de mijloace, observăm că art. 2018 Cod Civil impune mandatarului să acționeze cu diligența unui bun proprietar în administrarea propriilor bunuri, iar art. 803 Cod Civil impune administratorului bunurilor altuia să acționeze tot „cu diligența pe care un bun proprietar o depune în administrarea bunurilor sale”.

Doctrina corelează prevederile art. 144 ind. 1 LS cu obligațiile administratorilor cuprinse în art. 142 LS, de îndeplinire a „tuturor actelor necesare și utile pentru realizarea obiectului de activitate al societății”, care vor fi îndeplinite în baza competențelor și cunoștințelor specializate ale acestora. Prin compararea acestui text legal cu prevederile art. 803 alin. 2 Cod Civil, s-a menționat în doctrină că ar fi mai potrivită fundamentarea răspunderii administratorilor pe dispozițiile referitoare la administrarea

bunurilor altuia, având în vedere că obligațiile fiduciare caracteristice ambelor raporturi juridice sunt datorate în vederea realizării optime a intereselor beneficiarului sau a scopului urmărit (art. 803 alin. 2 Cod Civil), adică „pentru realizarea obiectului de activitate al societății” (art. 142 alin. 1 LS)⁹¹.

73. Răspunderea solidară a administratorilor prevăzută de art. 73 alin. 1 lit. e LS reprezintă o prezumție legală și nu poate fi înlăturată nici măcar prin aplicarea autorității de lucru judecat dintr-o hotărâre penală prin care s-a stabilit în soluționarea laturii civile a procesului penal și răspunderea administratorilor față de societate. Într-o speță, instanța penală a analizat răspunderea administratorului sub aspectul răspunderii civile și nu a evaluat răspunderea solidară instituită de art. 72 LS, având în vedere că persoanele chemate în garanție nu au făcut obiectul cercetării instanței penale pentru săvârșirea infracțiunii de gestiune frauduloasă⁹². Astfel, nu se poate reține că prin hotărârea penală ar fi fost dovedită cu autoritate de lucru judecat culpa exclusivă a administratorului și nici nu s-a răsturnat prezumția de solidaritate a membrilor consiliului de administrație, o solidaritate pasivă care vizează cu precădere raporturile dintre codebitorii solidari. Dacă instanța penală nu a fost învestită cu stabilirea vinovăției celorlalți administratori, nu a putut stabili culpa exclusivă a pârâtului.

Mandatarul este obligat să execute personal mandatul conferit *intuitu personae*, substituirea fiind condiționată de acordul mandantului. Mandatarii pot delega sarcini și operațiuni concrete, însă nu și obligația de supraveghere a afacerii.

5. Regula judecării de afaceri

74. Regula judecării de afaceri reprezintă una dintre instituțiile centrale ale guvernanței corporative, care pătrunde în toate aspectele cotidiene ale conducerii unei societăți. Doctrina care o tratează este însă dintre cele mai eterogene, necesitatea reglementării acestei reguli și recunoașterea utilității ei practice sunt dezbătute atât de teoreticienii din *common law*, cât și de literatura juridică din dreptul continental, ceea ce determină importante implicații practice.

⁹¹ A se vedea Prescure, T., Teodorescu, B., *art. precitat supra* 137, p. 58.

⁹² Î.C.C.J., sect. II civ., Decizia nr. 1187/26.03.2014.

Regula judecății de afaceri are diverse fațete. În majoritatea cazurilor, aceasta creează efectul unei prezumții în beneficiul deciziilor mandatarului social. În alte cazuri, această regulă creează un refugiu, o imunitate care conferă administratorilor și deciziilor acestora un caracter invulnerabil și inatacabil. Deși este una dintre cele mai invocate instituții ale dreptului societar, această regulă rămâne un produs al jurisprudenței, care, datorită valorii și eficienței sale, a fost preluată de legiuitori și după anul 2000, și codificarea acestei reguli este în continuă expansiune la nivel global. Regula judecății de afaceri este o construcție americană, primul stat care a importat-o fiind Australia în anul 1999, care a utilizat formularea propusă de Principiile de Guvernanță Corporativă ale Institutului de Drept American.

Regula judecății de afaceri are o istorie veche în jurisprudența de *common law*, primele mențiuni doctrinare datând de la începutul sec. XIX⁹³. În ciuda longevității, doctrina a menționat în repetate rânduri că datorită complexității conținutului și a aplicării ei, această regulă reprezintă una dintre instituțiile dreptului societăților cel mai puțin înțeleasă⁹⁴, o percepție intensificată de practica neunitară⁹⁵. Aplicarea regulii judecății de afaceri a fluctuat în jurisprudență în funcție de evoluția și interpretarea altor instituții de guvernanță corporativă. În jurisprudența de până la începutul anilor 2000, regula a fost privită ca un standard de evaluare a conduitei, fundamentat pe teoria *supremației administrației*. Ulterior, până la debutul crizei financiare din anul 2008, teoria *supremației acționarilor*⁹⁶, care subliniază

⁹³ Arsht, S. S.: *The Business Judgment Rule Revisited*, Hofstra Law Review nr. 8/1979, p. 93.

⁹⁴ Johnson, L.: *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, Business Law Review vol. 60/2005, p. 494, Manne, H. G.: *Our two Corporation Systems: Law and Economics*, Virginia Law Review nr. 53/1967, p. 270.

⁹⁵ Bainbridge, S. M.: *Director Primacy in Corporate Takeovers: Preliminary Reflections*, Stanford Law Review nr. 791/2002, p. 103: „Pe de-o parte, societatea modernă pur și simplu nu ar reuși să supraviețuiască dacă administratorii nu ar avea puterea să își exercite obligațiile fiduciare. Pe de altă parte, deținerea acestei puteri le permite să devieze beneficiile acționarilor obținute din profiturile societății în propriul folos. În consecință, mecanismele de angajare a răspunderii alocă o parte din autoritatea decizională a administratorilor către acționari sau către instanțe”.

⁹⁶ Modelul *supremației acționarilor* este întâlnit în țările anglo-saxone, obiectivul acestei teorii fiind maximizarea a profitului acționarilor și a valorii de piață a acțiunilor. Acest model este caracterizat de verificarea și controlul membrilor consiliului de administrație de către acționari. Modelul *supremației administratorilor* este un concept hibrid, care privește consiliul

tensiunea din dreptul societar dintre autoritate și răspundere, a dominat practica judiciară din *common law*. În prezent, jurisprudența tinde să găsească un echilibru între interesele acționarilor și menținerea supremației administratorilor.

În jurisprudența americană și britanică pot fi întâlnite diverse abordări ale regulii judecătii de afaceri, însă două dintre ele sunt dominante. Prima interpretare privește regula ca un standard de evaluare a conduitei administratorilor, în a cărei aplicare instanța efectuează o examinare obiectivă a calității deciziilor consiliilor de administrație. Cea de-a doua interpretare privește regula ca pe o doctrină a abstențiunii, conform căreia instanța va refuza să analizeze deciziile de afaceri dacă acestea îndeplinesc anumite condiții de calitate. Angajarea răspunderii administratorilor pentru deciziile de afaceri este foarte dificilă fără periclitarea libertății și a exercitării eficiente a puterilor lor. Obiectivul celei de-a doua interpretări a regulii este crearea unei culturi jurisprudențiale de reticență a instanțelor de a analiza deciziile administratorilor în lipsa unor vădite conflicte de interese. Aplicarea regulii ca standard de evaluare, ca pe o prezumție sau ca pe doctrina abstențiunii, determină efectele acesteia și soluțiile instanțelor.

5.1. Justificarea și fundamentele regulii judecătii de afaceri

75. Regula judecătii de afaceri pătrunde în toate aspectele dreptului societar, de la analiza unor decizii posibil neglijente ale administratorilor până la operațiuni încheiate de administratorii unei societăți în nume propriu ori adoptarea unor politici de afaceri pe termen lung⁹⁷. Răspunderea organelor de conducere ale societăților se dovedește a fi o problemă mult mai profundă decât o simplă transpunere sau adaptare a răspunderii civile

de administrație ca având puterea decizională supremă în derularea afacerii, dar ale cărei decizii sunt evaluate prin prisma maximizării averii acționarilor și a profitului societății ca principiu justificativ al procesului decizional. A se vedea Bainbridge, S. M.: *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, Northwestern University Law Review nr. 547/2003.

⁹⁷ Prezentarea conținutului și a efectelor regulii judecătii de afaceri din acest capitol au fost publicate inițial în lucrarea Ponta, A.: *The Business Judgment Rule. Approach and Application*, Tribuna Juridică vol. 14, București, 2015, pp. 25-44, iar prezenta secțiune este o adaptare a acestei lucrări.

contractuale sau delictuale în dreptul societăților. Acest lucru nu se datorează exclusiv reglementării unitare a dreptului privat în Codul Civil, prin abrogarea Codului Comercial. Angajarea acestui tip particular de răspundere se dovedește a fi mult mai sensibilă decât clasică răspundere civilă. Potrivit dreptului comun, angajarea răspunderii civile delictuale depinde în genere de îndeplinirea condițiilor prevăzute de dreptul francez, preluate și de Codul Civil 1864, respectiv existența unui prejudiciu, a unei fapte ilicite, a unui raport de cauzalitate între primele două și existența vinovăției celui care a cauzat prejudiciul, constând în intenția, neglijența sau imprudența cu care a acționat⁹⁸.

Prin natura sa, regula judecării de afaceri este concepută cu obiectivul realizării unui compromis, constatat de la caz la caz, între cele două valori concurente: *autoritatea*, adică exercitarea puterilor conferite, și *răspunderea*. Primul element, „autoritatea”, se referă la necesitatea de conservare a caracterului discreționar al puterii de decizie a administratorilor, în timp ce al doilea element indică importanța posibilității de a angaja răspunderea administratorilor pentru deciziile de afaceri luate în numele societății reprezentate, dar și necesitatea prevenirii și remedierii conduitei defectuoase a persoanelor cu putere de decizie. Deși am arătat că separarea patrimoniului și a controlului ridică importante temeri referitoare la răspunderea celor care dețin controlul, cele două valori concurente sunt și interdependente, iar în dreptul societar modern niciuna nu poate supraviețui fără a fi corelată cu cealaltă⁹⁹.

Regula judecării de afaceri este reflectată în prezenta lucrare ca o aplicare a teoriei supremației administrației¹⁰⁰. Modelul *directors primacy*

⁹⁸ Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I: *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform Noului Cod Civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 412 și urm.

⁹⁹ Conform unor cercetători ai Fondului Monetar Internațional, exercitarea puterilor și instituția răspunderii nu sunt suficiente pentru a defini guvernanta corporativă și organizarea activității economice a unei societăți, deoarece fiecare dintre aceste instituții protejează o valoare distinctă, ambele esențiale pentru supraviețuirea oricărei societăți. A se vedea Dooley, M. P.: *Two models of Corporate Governance*, The Business Lawyer vol. 47, Virginia, 1992, pp. 461- 463.

¹⁰⁰ Cel de-al treilea model de guvernanta, modelul de tip *stakeholder*, este prezent în majoritatea statelor europene, excepțiile fiind statele nordice și Marea Britanie. Obiectivul acestui model este „apărarea interesului ansamblului părților implicate, într-un fel sau altul, în viața întreprinderii (salariați, parteneri comerciali, acționari, manageri etc.)”. A se vedea Feleagă, N.: *Proba europeană a guvernantei întreprinderii românești*, Revista de

răspunde la două întrebări ale dreptului societar în contextul global: în primul rând se ridică întrebarea: care interes ar trebui să prevaleze în momentul în care organul decizional al unei societăți se află în situația unei remize în dezechilibrul de interese dintre administratori și acționari? A doua întrebare cheie este: care organ al societății este investit în mod ideal cu puterea decizională supremă? Teoria supremației administrației este susținută de argumentul că un proces decizional centralizat este atributul esențial al guvernanței corporative eficiente. Din punct de vedere practic însă, investirea administratorilor cu vaste puteri decizionale ridică temeri serioase privind angajarea răspunderii, amplificând tensiunea iminentă dintre autoritate și răspundere în guvernanța corporativă. Ne propunem să demonstrăm că aplicarea acurată și corectă a regulii judecătii de afaceri, prin limitarea intervenției instanțelor în examinarea deciziilor de afaceri, este în măsură să flexibilizeze această tensiune¹⁰¹.

Aplicarea regulii ca standard de evaluare, ca o prezumție sau ca doctrina abstențiunii, determină efectele acestora și soluțiile instanțelor (Figura 1). Efectul regulii este în esență împiedicarea angajării răspunderii membrilor organelor de conducere ale unei societăți prin crearea unei prezumții că administratorii au acționat în cunoștință de cauză, în mod informat, cu bunăcredință și în convingerea onestă că acțiunea întreprinsă a fost în interesul suprem al societății. Prin urmare, chiar și erori clare de judecată nu vor avea ca efect angajarea răspunderii personale a administratorului¹⁰².

Economie Teoretică și Aplicată vol. 2, nr. 497/2006. Prin convergența modelelor și a sistemelor de guvernanță se tinde spre obținerea celui mai eficient model din punct de vedere politic, economic și social. Eventualitatea unui atare fenomen ne conduce la ideea alinierii ansamblului statelor UE la modelul anglo-american, respectiv la guvernanța de tip acționarială. Principalul obstacol în acest demers este reprezentat în opinia noastră de diferențele culturale, în special în termenii de structură a societății.

¹⁰¹ Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, University of California Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper nr. 03-18/2003.

¹⁰² Cauza *Aronson v. Lewis*, *supra* 201. Doctrina și jurisprudența au încercat să identifice dacă regula judecătii de afaceri reprezintă o prezumție procedurală, o limitare substanțială a răspunderii sau ambele. A se vedea Franklin, R. B., Hanks, J. J.: *Rejudging the Business Judgment Rule*, *Business Law Review* nr. 48/1993, care afirmă că regula judecătii de afaceri nu ar fi o „prezumție în sensul probatoriu al cuvântului”.

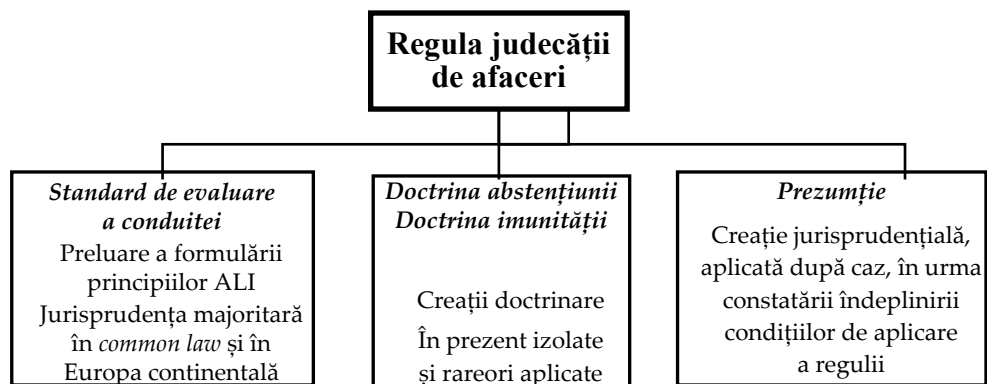


Figura 1. Aplicarea regulii judecătii de afaceri în secolul XXI – posibile interpretări.

5.2. Cele două abordări principale ale regulii judecătii de afaceri

76. După cum am menționat în primul capitol, se pot desprinde două interpretări ale regulii judecătii de afaceri acceptate majoritar în doctrină și în jurisprudență. Prima interpretare abordează regula judecătii de afaceri ca standard de evaluare relativ standardului de conduită al obligației de diligență și prudență. Conform acestei teorii, *duty of care* ar fi modelul conduitei ideale pe care administratorii societari ar trebui să-l adopte, iar regula judecătii de afaceri reprezintă standardul examinării conduitei concrete. Potrivit acestei concepții, funcția principală a regulii judecătii de afaceri este de a crea un standard de control mai puțin exigent decât standardul de conduită ideal creat de definiția obligației de diligență și prudență. Astfel, anumite instanțe consideră că principalul obiectiv al regulii judecătii de afaceri este protecția administratorilor care au acționat cu bună-credință, iar unii autori apreciază că singurul rol al regulii ar fi de a stabili un standard mai exigent, în beneficiul titularilor obligațiilor fiduciare, amplificând standardul neglijenței simple la neglijență gravă, indiferență sau necugetare.

Potrivit celei de-a doua interpretări, doctrina abstențiunii, prezumția de bună-credință nu creează un standard al răspunderii, ci stabilește mai degrabă o prezumpție negativă a examinării judiciare a obligației de diligență și prudență. Această teorie va împiedica instanțele să analizeze substanța

rezultatelor și a conduitei administratorilor, în afara situațiilor în care reclamantul poate răsturna prezumția de bună-credință instituită de regula judecătii de afaceri.

5.2.1. Aplicarea regulii judecătii de afaceri ca standard de evaluare

77. O interpretare dominantă în jurisprudență este în sensul aplicării regulii judecătii de afaceri ca un standard al evaluării conduitei fiduciare. În vreme ce unii teoreticieni abordează acest standard exclusiv prin prisma caracterului subiectiv al buneii-credințe¹⁰³, alții privesc regula ca pe un mecanism de verificare a îndeplinirii condițiilor judecătii raționale¹⁰⁴ sau ca pe un test al identificării neglijenței grave. Numitorul comun al majorității opiniilor doctrinare este faptul că regula judecătii de afaceri determină o examinare obiectivă, dar limitată, a calității sau a conținutului deciziilor de afaceri adoptate de administratorii unei societăți. Formularea actuală a acestei reguli, care a fost preluată de majoritatea jurisdicțiilor din dreptul continental care au ales să o codifice, este regăsită în două surse de *common law*: formularea jurisprudențială din Delaware și formularea pentru care a optat Institutul de Drept American¹⁰⁵.

Conform Principiilor Institutului de Drept American, „un administrator sau un salariat cu prerogative executive care ia o decizie de afaceri cu bună-credință, îndeplinește obligația de diligență și prudență dacă (1) nu este interesat (în conflict de interese) în obiectul deciziei de afaceri respective, (2) este informat cu privire la obiectul judecătii de afaceri într-o măsură în care el crede în mod rezonabil că este potrivit în contextul dat și (3) apreciază în mod rațional că judecata sa de afaceri este în interesul

¹⁰³ În cauza *Omicare Inc. v. NCS Healthcare Inc.*, 818 A.2d 914, 927, 2003, Curtea Supremă din Delaware a reținut că „regula judecătii de afaceri, ca standard al examinării judecătorești, este o recunoaștere de către *common law* a autorității statutare de a administra o societate, autoritate cu care este investit consiliul de administrație”.

¹⁰⁴ Hanewicz, W. O.: *When silence is Golden. Why the business judgment rule should apply to no-shops in stock-for-stock Merger Agreements*, Iowa Journal for Corporation Law vol. 28, nr. 2/2003, p. 205, care afirmă că „standardul de conduită al administratorilor este caracterul rezonabil. Dar standardul de examinare este mult mai limitat și se abate de la acest standard de conduită”.

¹⁰⁵ A se vedea *ALI Principles*, supra 207.

suprem al societății”. Așadar, formularea acestor principii recunoaște interpretarea efectelor de „refugiu”¹⁰⁶ ale regulii. Această interpretare aplică regula ca pe un *standard obiectiv*, având în vedere faptul că un consiliu de administrație este obligat să cerceteze faptele materiale pe care le are la dispoziție în mod rezonabil, și nu să ia în considerare toate informațiile care sunt dincolo de posibilitățile reale de informare¹⁰⁷.

78. Într-o cauză foarte controversată la momentul sesizării instanței în anul 1982¹⁰⁸, care a rămas cel mai edificator exemplu pentru ilustrarea acestei abordări a regulii judecătii de afaceri¹⁰⁹, consiliul de administrație al societății *Technicolor* a aprobat o fuziune a societății cu o filială a *MacAndrews and Forbes Group Inc.* În urma încheierii acestei operațiuni, acționarii *Technicolor* au primit 23 USD/acțiune. Reclamanta *Cinerama*, care deținea 4,4% din acțiunile *Technicolor*, s-a opus acestei fuziuni și a sesizat instanța. Parte a solicitării reclamantei a fost constatarea încălcării obligației de diligență și prudență de către consiliul de administrație *Technicolor* la momentul aprobării fuziunii. În calea de atac, instanța superioară s-a concentrat pe procedura decizională urmată de consiliul de administrație în luarea deciziei cu privire la încheierea fuziunii și a identificat câteva deficiențe calitative ale procesului decizional, care luate în ansamblu, au fundamentat concluzia încălcării obligației de diligență și prudență. În primul rând, administratorii au omis cercetarea pieței pentru alternative înaintea aprobării fuziunii. În plus, instanța a apreciat că majoritatea

¹⁰⁶ Doctrina de *common law* numește acest efect al regulii „safe harbour”.

¹⁰⁷ Abordarea regulii judecătii de afaceri ca un standard de evaluare obiectiv a fost îmbrățișată de Curtea Supremă din Delaware în cauza *Brehm v. Eisner* (Disney II), 746 A.2d 244, Curtea Supremă din Delaware, 2000, pct. 244.

¹⁰⁸ Cauza *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 13, A 2d 1182, Curtea Supremă din Delaware, 1987.

¹⁰⁹ Menționăm faptul că acest exemplu este edificator pentru prima abordare istorică a regulii judecătii de afaceri, dar nu este reprezentativă pentru jurisprudența anglo-saxonă din prezent. Printre alții, profesorul David A. Skeel observă în lucrarea sa *The Unanimity Norm in Delaware Corporate Law*, Virginia Law Review nr. 127/1997, că jurisprudența din Delaware a fost ciclică în ceea ce privește aplicarea regulii judecătii de afaceri, tendințele dintre cele două aplicări analizate în prezentul capitol s-au interschimbat, schema repetându-se la diferite intervale de timp, în funcție de alți factori externi, politici, sociali, economici și fiscali. Același mecanism a fost observat și de către profesorul Bainbridge, S. M., în manualul său de referință pentru dreptul societar din Delaware, *Corporation Law and Economics*, Ed. Foundation Press, New York, 2003, pp. 249-251.

administratorilor erau mult prea puțin informați despre termenii și efectele fuziunii înaintea ședinței de consiliu în care fuziunea a fost votată și nici nu aveau informații suficiente despre partenerul contractual.

În cauza menționată de instanță în motivare, *Smith v. Van Gorkom*, Curtea Supremă din Delaware a menționat pentru prima dată exigența sau condiția care a fost numită ulterior „diligență profesională procedurală”¹¹⁰ sau a procesului decizional, ca premisă pentru invocarea regulii judecătii de afaceri. Cu alte cuvinte, administratorii care nu reușesc să acționeze într-o manieră informată și în urma unei deliberări, nu vor avea dreptul să invoce în apărarea lor regula judecătii de afaceri. Astfel, chiar dacă valoarea acțiunilor a fost stabilită la un preț mai mic decât cuantumul concret primit de acționarii vânzători, instanța a constatat că administratorii nu au avut în vedere toate datele materiale pe care le puteau avea la dispoziție în mod rezonabil înainte de aprobarea și semnarea acordului de fuziune.

În analiza doctrinară a acestei reguli de la sfârșitul secolului XX, majoritatea autorilor au evaluat regula prin prisma motivării deciziilor citate, respectiv aceeași formulare utilizată de *Model Business Corporation Act*¹¹¹ și de Principiile ALI, a diligenței și prudenței pe care o persoană obișnuit de diligență ar exercita-o în acea poziție în circumstanțe similare. Standardul este cel al diligenței și prudenței obișnuite, și nu al „diligenței superficiale” sau al „neglijenței grave”¹¹². Importanța acestei clarificări rezidă în efectele interpretărilor asupra judecătii administratorilor, care în momentul luării unei decizii vor lua în considerare *ex ante* interpretarea regulii judecătii de afaceri, și asupra instanțelor și a acționarilor, care vor interpreta efectele regulii *ex post*.

¹¹⁰ Cauza *Smith v. Van Gorkom*, *supra*, 200. Conceptul de „due diligence” din *common law* este tradus în doctrina română ca „diligență și prudență” sau „investigație diligență”, în funcție de context. Având în vedere faptul că asemănările și suprapunerile obligațiilor fiduciare cu obligațiile mandatarilor din dreptul român nu fac obiectul prezentului capitol, vom folosi în continuare termenul de „diligență profesională”, urmând să abordăm aceste aspecte în ultima parte a prezentului capitol.

¹¹¹ *Model Business Corporation Act* (MBCA) reprezintă un set de norme standard redactat de Comisia de Drept Societar a Secțiunii de Dreptul Comercial al Uniunii Naționale a Barourilor din Statele Unite. Deși nu are forță juridică obligatorie, modelul este preluat și urmat de 24 de state din SUA.

¹¹² A se vedea Branson, D. M., *art. precitat supra* 223, p. 631.

Caracterul inovativ al acestei ultime decizii nu este dat doar de complexitatea motivării, ci și de faptul că reprezintă o tranziție între cele două interpretări ale regulii judecătii de afaceri. Instanța Supremă din Delaware a început prin a statua faptul că „activitatea comercială și afacerile unei societăți sunt administrate de către sau sub controlul consiliului de administrație. În exercitarea acestor puteri, administratorii au misiunea respectării în mod necondiționat a obligației fiduciare de a proteja interesele societății și de a acționa în cel mai bun interes al acționarilor. Regula judecătii de afaceri este doar o extindere a acestui principiu”. În continuare, instanța subliniază faptul că reclamantul care se îndoiește de o decizie a consiliului de administrație are încă de la debutul litigiului „sarcina de a răsturna prezumția instituită de regulă, [*respectiv*] de a furniza dovezi, [*că*] în procesul decizional, administratorii au încălcat una dintre obligațiile triadei fiduciare, buna-credință, diligența și prudența sau loialitatea de care trebuie să dea dovadă. Dacă acționarii nu reușesc să îndeplinească sarcina de a dovedi încălcarea, regula judecătii de afaceri intervine pentru a proteja membrii organelor de conducere și deciziile lor, iar instanțele nu vor mai pune la îndoială judecățile în afaceri. Dacă regula este combătută, sarcina probei se deplasează la administratorii pârâți, inițiatorii afacerii puse sub semnul întrebării, care vor trebui să dovedească în mod exhaustiv corectitudinea și echitatea de care au dat dovadă”.

79. Apreciem că, prin aplicarea acestei prime interpretări a regulii judecătii de afaceri, scopul acesteia nu poate fi ușor deturnat. Esența regulii este de a proteja administratorii ale căror decizii sunt puse la îndoială, iar tendința de aplicare a regulii judecătii de afaceri după anii 2000 a fost tocmai prevenirea situației în care instanțele formulează întrebarea: a încălcat consiliul de administrație obligația de diligență și prudență?¹¹³

¹¹³ Alte interpretări intermediare ale regulii judecătii de afaceri ar fi contestarea calității acesteia de a fi o veritabilă *regulă* și *doctrina imunității administratorilor*. Această ultimă teorie, care nu mai este susținută în prezent, asimila regula judecătii de afaceri unei doctrine a imunității administratorilor. Teoria încuraja beneficiarii imunității de a lua cele mai bune decizii, fără a fi nevoiți să le explice, justificând judecata de afaceri independentă în circumstanțe riscante și controversate ca expresie a exercitării obligațiilor legale și fiduciare ale administratorilor. Această teorie se concentrează mai mult pe poziția ocupată de fiduciar, iar nu pe persoana acestuia, poziția sa fiind o componentă esențială a unui sistem care este valorizat de societate, iar protecția acordată este justificată de valoarea

În prezent, instanțele tind să privească regula judecătii de afaceri ca pe un „standard de evaluare și o recunoaștere a autorității legale a consiliului de administrație de a gestiona societatea”¹¹⁴, deoarece această interpretare facilitează determinarea oportunității răspunderii unui administrator¹¹⁵. Această probă obligă reclamanții să facă dovada existenței unor condiții precum fraudă, conflictul de interese, caracterul ilegal al deciziei de afaceri sau omisiunea de a lua o decizie.

Din punct de vedere practic, un consilier juridic ar putea teoretic utiliza elementele propuse de ALI ca pe condiții de aplicare a regulii judecătii de afaceri *ex post* în caz de litigiu, prin verificarea existenței unei decizii, a lipsei conflictului de interese, a diligenței și prudenței obișnuite și a unui fundament rațional. Totuși, în ciuda caracterului obiectiv al acestui standard, am observat că instanțele au în vedere și elementele subiective¹¹⁶, prin aprecierea oportunității aplicării regulii într-un anumit context. Considerăm așadar, că în momentul aprecierii *ex ante* a oportunității deciziei de afaceri, ar fi indicată o privire în ansamblu, intuitivă, a deciziei de afaceri către administrator sau consilierul juridic. Această apreciere intuitivă se va realiza în maniera cea mai eficientă prin verificarea îndeplinirii bunei-credințe, sub ale cărei auspicii își produce efectele regula judecătii de afaceri. Importanța evaluării intuitive a bunei-credințe este relevantă în alte două situații¹¹⁷. În primul rând, buna-credință se dovedește utilă pentru determinarea existenței unui conflict de interese sau a altor motive ilicite care determină luarea unor decizii de afaceri, cum ar fi ură, gelozie, invidie sau alte cauze imorale. În al doilea rând, decizia de aprobare a unei hotărâri care are ca efect

socială a acestei poziții. Apreciem că obiectivul regulii nu ar trebui să fie acela de a crea o imunitate, ci mai degrabă de a crea o prezumție în favoarea administratorului care a îndeplinit condițiile de procedură și de calitate în exprimarea conduitei sale fiduciare. A se vedea McMillan, L.: *The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine*, William & Mary Business Law Review vol. 4, nr. 2/2014. Pe de altă parte, anumiți autori au apreciat că regula judecătii de afaceri nu ar trebui privită ca o veritabilă regulă, deoarece nu are un conținut obligatoriu și universal valabil și nici nu prevede instrucțiuni exprese pentru administratorii unei societăți. A se vedea Branson, D. M., *art. precitat supra* 223, p. 634.

¹¹⁴ Cauza *Omnicare Inc. v. NCS Healthcare*, *supra* 297, pct. 923.

¹¹⁵ Eisenberg, M. A.: *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, Fordham Law Review vol. 62, nr. 3/1993, p. 444.

¹¹⁶ Cauza *Brehm v. Eisner (Disney II)*, *supra* 301.

¹¹⁷ A se vedea Branson, D. M., *art. precitat supra* 223, p. 644.

comiterea unui act imoral sau ilegal va fi de asemenea exclusă din câmpul de protecție al regulii judecătii de afaceri, în ciuda caracterului rațional al deciziei și a lipsei unui conflict de interese¹¹⁸. Buna-credință este o condiție universală, pe de-o parte condiționează în mod subiectiv acordarea efectelor protective ale regulii, iar pe de altă parte demonstrează caracterul ei flexibil.

Interpretarea jurisprudențială a acestei reguli prin crearea unei prezumții că, în momentul luării deciziei, administratorul societar a acționat într-o manieră informată, și cu bună-credință, este în definitiv un efect al aplicării regulii ca un standard de evaluare. Apreciem că aplicarea jurisprudențială actuală a regulii, ca standard obiectiv de evaluare, are ca efect principal crearea acestei prezumții, spre deosebire de interpretarea principiilor ALI, care privește ca efect principal al regulii judecătii de afaceri crearea unui refugiu¹¹⁹. Având în vedere că formularea ALI, preluată de un număr semnificativ de jurisdicții ale lumii, impune administratorilor într-o măsură mai mare prezentarea unor justificări ale deciziei de afaceri luate, dar oferă în același timp o protecție mai mare prin claritatea formulării și a efectelor față de abordarea jurisprudențială a unei prezumții, alegem să îmbrățișăm această formulare.

5.2.2. Doctrina abstențiunii

80. Pentru a releva abordarea acestei doctrine, vom prezenta pentru început o cauză de referință care consacră cea de-a doua interpretare a regulii¹²⁰. Reclamantul Shlensky a adus în fața instanței refuzul faimos al lui Philip Wrigley de a instala lumini nocturne pe stadionul de baseball Wrigley Field Baseball din Chicago. La acel moment, Wrigley era acționarul majoritar și președintele consiliului de administrație al Chicago National League Ball Club Inc., o societate din Delaware care deținea echipa *Chicago Cubs* și opera pe terenul în cauză. Shlensky era un acționar minoritar al societății și a susținut faptul că în ultimii trei ani, echipa a înregistrat mai multe pierderi datorită numărului redus de meciuri jucate pe terenul local din Chicago.

¹¹⁸ Spre exemplu reamintirea datoriei unui partid politic în schimbul unor promisiuni viitoare.

¹¹⁹ A se vedea Branson, D. M, *art. precitat supra* 223, p. 647.

¹²⁰ Cauza *Shlensky v. Wrigley*, 95 2d 173, 237 N.E.2d, Curtea de Apel din Illinois, Third Division, 1968.

Reclamantul a susținut că echipa pierdea meciurile în mod repetat datorită refuzului lui Wrigley de a instala lumini nocturne pe Wrigley Field și de a organiza jocurile seara. Reclamantul a invocat și faptul că decizia administratorului nu ar fi fost motivată de maximizarea averii acționarilor, ci de opiniile personale și accepțiunile sale subiective, respectiv că baseball-ul ar fi un sport de zi și că meciurile nocturne ar avea un impact negativ asupra cartierului rezidențial unde se afla terenul de joc.

Abordarea administratorului pârât din această cauză a fost una dintre primele încercări de a evita intrarea pe fondul litigiului, susținând lipsa cauzei acțiunii formulate și invocând o abordare hotărâtă a doctrinei abstențiunii ca interpretare a regulii judecății de afaceri. Argumentele pârâtului au fost reținute în motivarea hotărârii, respectiv „instanțele nu vor interveni și nu se vor implica în judecata de afaceri onestă a administratorilor, decât dacă există semne de fraudă, nelegalitate sau conflict de interese”. În examinarea argumentelor pârâtului, instanța a etalat anumite reguli, prin dezvoltarea unor argumente extrase din decizii anterioare.

În primul rând, instanțele nu vor încerca să controleze tacticile și strategiile de afaceri ale societății, deși consideră că putea fi adoptată o politică mai înțeleaptă care ar fi condus la o activitate comercială mai prosperă, dacă s-ar fi recurs la alte metode. În al doilea rând, instanța a observat neconcordanța de opinii privind deciziile de afaceri ale administratorilor și a oferit o descriere reprezentativă și realistă a judecății care ar trebui aplicată de instanțe în situații asemănătoare: „Comportamentul instanțelor în astfel de situații ar trebui să reflecte funcția acestora, care nu este aceea de a rezolva chestiunile de politică internă și de administrare a afacerii. Administratorii sunt numiți pentru a răspunde la aceste întrebări și judecata acestora trebuie acceptată ca fiind decisivă, dacă nu se dovedește a fi pătată de interese frauduloase”¹²¹. În final, mai reținem observația instanței, pe care o împărtășim în totalitate pentru cazurile în care fraudă și conflictul de interese sunt excluse *ab initio*: „Într-o societate cu scop unic comercial, autoritatea administratorilor în supravegherea activității comerciale va trebui privită ca fiind absolută atunci când ei acționează în

¹²¹ Instanța a reformulat parțial motivarea din cauza *Davis v. Louisville Gas & Electric Co.*, 142 A 654, Curtea Supremă din Delaware, 1928.

limita legii, iar instanțele nu au nicio autoritate de a se substitui judecății acelor administratori”¹²².

81. Apreciem că în majoritatea situațiilor care au ca obiect evaluarea conduitei unui administrator societar în ceea ce privește oportunitatea sau calitatea unei decizii de afaceri, examinarea judiciară se poate limita la verificarea unor circumstanțe care să indice semne de fraudă, nelegalitate sau conflict de interese. Această manieră de abordare corespunde necesităților juridice și sociale ale guvernantei corporative contemporane și se pliază nevoilor actuale, precum și libertății decizionale crescute de care ar trebui să se bucure administratorii unei afaceri reușite¹²³.

Doctrina abstențiunii implică o aplicare automată a regulii judecății de afaceri în cazul în care anumite condiții sunt îndeplinite, iar alte elemente de descalificare vor răsturna automat aplicarea regulii¹²⁴. Motivul principal pentru care nu îmbrățișăm această doctrină este calificarea neîndeplinirii acestor elemente de descalificare drept condiții ale aplicării regulii judecății de afaceri. Ori, în viziunea noastră, o condiție reprezintă un element preexistent sau care trebuie îndeplinit pentru aplicarea sau validitatea unei teorii. Conform acestei abordări, regula se aplică în lipsa îndeplinirii unor condiții, ceea ce contrazice opiniei majoritare a abordării regulii ca pe un standard de evaluare, un etalon care cuprinde mai multe elemente verificabile. Apreciem că abordarea regulii judecății de afaceri drept condiție suplimentară nu este o manieră oportună de enumerare a elementelor care împiedică acordarea prezumției conferite de regulă.

Ne alăturăm interpretării regulii judecății de afaceri ca un standard de evaluare care implică efectuarea unei analize judiciare, limitate sau nu, înainte de aplicarea acesteia, reclamantul având sarcina dovedirii existenței unei condiții care descalifică aplicarea regulii. Astfel, lipsa unei condiții de

¹²² Instanța a reformulat o parte din motivarea în cauza *Toebelman v. Missouri-Kansas Pipe Line Co.*, 41 F. Supp. 334, 339, Curtea Supremă din Delaware, 1941.

¹²³ Printr-o formulă tranșantă, instanța supremă a statului Michigan a descris ideea centrală a doctrinei în cauza faimoasă *Dodge v. Ford Motor Co.*, faptul că „judecătorii nu sunt experți în afaceri”, 170 N.W. 668, 684, Instanța Supremă din Michigan, 1919. Această cauză rămâne importantă pentru jurisprudență și pentru istoria companiei Ford, încât este menționată chiar și în romanul „*Wheels*” (Roțile) al lui Arthur Hailey, 1971.

¹²⁴ A se vedea Bainbridge, S. M., art. precitat *supra* 289, p. 90.

descalificare are ca efect aplicarea regulii judecătii de afaceri și, astfel, protejarea administratorilor de angajarea răspunderii lor personale.

Apreciem că administratorii societari au dreptul să invoce regula judecătii de afaceri exclusiv în situațiile în care au adoptat deciziile de afaceri în mod conștient și informat¹²⁵. Regula nu împiedică examinarea judecătorească a omisiunii consiliului de administrație de a exercita o supraveghere corespunzătoare a managementului societății, din acest motiv, buna-credință și independența sau lipsa de interes personal a administratorilor sunt adesea identificate drept condiții *sine qua non* care să preceadă aplicarea regulii. Doctrina abstențiunii se rezumă la principiul potrivit căruia, dacă premisele obligatorii sunt îndeplinite, examinarea judecătorească a substanței sau a conținutului deciziilor de afaceri nu mai este necesară, nemaivând nici un câmp de aplicare. Se impune însă observația că atribuirea unui scop comercial rațional deciziei de afaceri nu este condiționată de relevarea concretă de către administratori a existenței acestui motiv comercial¹²⁶.

Alternativa doctrinară de interpretarea a regulii ca o doctrină a abstențiunii este foarte rar întâlnită în practica instanțelor¹²⁷. Doctrina a criticat această abordare, deoarece oferă o valoare necorespunzătoare și înțelege eronat puterii de decizie a administratorilor societari¹²⁸ și prezumă faptul că acea decizie de afaceri ar fi protejată pentru totdeauna de o evaluare judiciară viitoare. În plus, Instanța Supremă din Delaware a clarificat într-o motivare faptul că doctrina abstențiunii nu reprezintă interpretarea

¹²⁵ Deși această condiție a fost subînțeleasă încă de la începutul secolului XX, a fost formulată în mod expres și neechivoc într-o motivare judecătorească abia în anul 1984 în cauza *Aronson v. Lewis*, *supra* 201, „această regulă nu este aplicabilă în situațiile în care administratorii s-au lepădat de funcțiile lor sau au omis să acționeze”.

¹²⁶ Michael P. Dooley observă în lucrarea *Two models of Corporate Governance*, *supra* 293, pp. 478-479, faptul că termenul „rațional” se va interpreta ca sinonim cu „imaginabil” sau „de conceput” și înseamnă exclusiv faptul că instanța nici măcar nu va aborda judecata consiliului de administrație, dacă există posibilitatea fundamentării acesteia de un motiv comercial legitim. În plus, nu poate fi afirmat că fiecare administrator trebuie să fie pregătit să expună o dovadă a motivelor raționale pentru deciziile luate.

¹²⁷ A se vedea McMillan, L., *art. precitat supra* 307, p. 535.

¹²⁸ Scarlett, A. M.: *A better approach for balancing authority and accountability in Shareholder Derivative Litigation*, University of Kansas Law Review nr. 57/2008, p. 85.

dominantă a regulii, ci o excepție¹²⁹, însă aceasta nu înseamnă că regula nu este corelată unei analize judiciare limitate.

5.2.3. Importanța practică a interpretării regulii judecătii de afaceri

82. În urma analizei motivărilor deciziilor menționate, observăm o ușoară trivializare a regulii dacă funcția primară a acesteia este stabilită ca fiind atribuirea sarcinii probei. Prin această abordare, unicul scop al *business judgment rule* va fi atribuirea în sarcina reclamantului a obligației de a crea un caz *prima facie*, respectiv aceeași obligație care incumbă unui reclamant în orice litigiu civil. În cazul în care reclamantul nu reușește să îndeplinească această obligație procedurală, instanța va respinge cererea fără a intra în cercetarea fondului. Conform acestei accepțiuni, regula judecătii de afaceri nu este nimic mai mult decât o simplă reiterare a principiilor procedural civile fundamentale, atât din dreptul anglo-saxon, cât și din sistemul de drept civil, potrivit cărora sarcina probei pentru stabilirea *prima facie* a litigiului aparține reclamantului¹³⁰.

În plus, dacă instanța se substituie în judecata de afaceri a administratorului cu privire la elemente de substanță și conținut ale deciziei de afaceri, se depășește examinarea sferei procesului decizional, limitele și scopul regulii. Centrul de greutate al analizei regulii judecătii de afaceri ar trebui să fie limitat la interpretarea obligației de diligență și prudență din punct de vedere al caracterului adecvat al procesului decizional, iar obiectivul acesteia este deturnat în situația în care instanțele verifică și dacă aceeași decizie ar fi fost luată de către o persoană rezonabilă într-o situație similară.

Puterile de gestiune și de decizie cu care sunt învestiți administratorii și caracterul discreționar al deciziilor pe care aceștia au dreptul să le adopte este unul limitat, atât explicit cât și implicit de lege¹³¹. Apreciem că, în

¹²⁹ Cauza *Colorado River Water Conservation Dist.*, 424 US, Curtea Supremă SUA, 1976, pct. 413.

¹³⁰ Termenul utilizat în dreptul anglo-saxon pentru pronunțarea unei soluții fără ca instanța să intre în cercetarea fondului este „*summary judgment*”. Conform dreptului român, sarcina probei revine în primul rând reclamantului, potrivit art. 249 Cod Proc. Civ.

¹³¹ Deși nu putem îmbrățișa caracterul originar al calității administratorului societar, argumentul limitei legale al acestei calități discreționare este unul valid. În publicația

prezent, sistemul de guvernare corporativă este caracterizat în principal de regimul supremației administratorilor, pe care îl înțelegem în mod diferit față de doctrina americană, datorită aplicării acestuia în contextul contractului de mandat reglementat de Codul Civil în majoritatea jurisdicțiilor de drept civil. Pe cale de consecință, apreciem că *de lege lata*, administratorul unei societăți din România nu poate fi considerat ca deținând puteri originare¹³², având în vedere, în primul rând, normele de trimitere din Legea societăților, și în al doilea rând, natura obligațiilor legale ale mandatarului.

83. Revenim la întrebarea inițială referitoare la dificultatea de a ajunge la acest echilibru, determinată de antiteza dintre conceptele de „autoritate” și „răspundere”. Conform laureatului premiului Nobel pentru Economie (1972), Kenneth Arrow, această dilemă se poate defini succint prin afirmația: „puterea de a trage la răspundere este până la urmă puterea de a decide”¹³³. Eforturile de a angaja răspunderea administratorilor implică în mod necesar transmiterea unei părți din autoritatea de decizie către acționari sau către judecători. În urma acordării acestei autorități, majoritatea deciziilor de afaceri sunt adoptate în societățile actuale de către consiliul de administrație care acționează în baza puterilor conferite.

Deși autoritatea este esențială pentru eficiența organizațională, aceasta trebuie exercitată în mod responsabil. Autoritatea fără răspundere tinde să conducă la erori evitabile și poate fi exercitată în mod oportunist. Entitatea centrală de decizie poate devia resursele organizaționale pentru propriile beneficii în loc să urmărească binele organizației și a componentelor acesteia. În prezent, potențialul oportunismului societar este

Easterbrook, F. H., Fischel, D. R., *The Economic Structure of Corporate Law*, *supra* 196, pp. 90-93, autorii explică modul în care ar trebui înțelese obligațiile fiduciare, ca elemente care „umplu golurile și astupă neajunsurile care cauzează caracterul incomplet al relației dintre societate și acționari”.

¹³² Una dintre limitele implicite ale caracterului discreționar al deciziilor administratorilor care ar rezulta din caracterul original al calității lor este reprezentată de obligația de a maximiza averea acționarilor, obligație care nu este specifică doar dreptului anglo-saxon, ci și sistemului civil, chiar dacă în dreptul continental obligația principală a administratorilor este apărarea intereselor societății. Astfel, ia naștere tensiunea dintre *autoritate și răspundere*.

¹³³ Arrow, K. J.: *The limits of organization*, Ed. Norton Publisher, New York, 1974, p. 78.

crescut datorită separației dintre patrimoniu și control, și nu este limitat la situațiile intenționate de tranzacționare ale administratorilor în folosul propriu, ci poate fi extins la alte forme de sustragere de la îndeplinirea responsabilităților, precum neglijență, neatenție, incapacitate sau chiar și erori oneste.

Din această perspectivă, regula are rolul unui „obstacol” în angajarea răspunderii administratorilor. Dacă răspunderea pentru prejudiciile cauzate încurajează administratorii să fie prudenți, în definitiv și examinarea judecătorească a deciziilor de afaceri ar încuraja în aceeași măsură administratorii să fie atenți și să depună o muncă temeinică. Motivul pentru care deciziile luate de administratori nu ar trebui supuse verificării judiciare în afara situațiilor de tranzacționare în conflict de interese este faptul că legea acordă o valoare distinctă autorității consiliilor de administrație, valoare care ar fi erodată dacă deciziile administratorilor ar fi supuse analizei judecătorești în mod obișnuit. Sursa acestei valori poate fi regăsită tocmai în observația lui Arrow, care susține că puterea de a atrage răspunderea este în definitiv puterea de a decide. Arrow explică faptul că aceste mecanisme de atragere a răspunderii ar trebui să fie capabile să corecteze erorile, dar nu într-o asemenea măsură încât să distrugă valorile veritabile ale autorității. „Evaluarea continuă în vederea angajării răspunderii poate escalada cu ușurință la negarea autorității. Dacă orice decizie a lui A trebuie verificată de către B, tot ceea ce rămâne este o deviere a autorității de la A la B și prin urmare nu am găsit nicio soluție pentru problema originară”¹³⁴.

Apreciem că angajarea răspunderii consiliului de administrație nu poate avea loc fără transferarea unei părți din autoritatea decizională către acționari sau către instanțe. Pentru a păstra valoarea și importanța autorității conferite consiliului de administrație, această răspundere ar trebui angajată în mod excepțional, iar deciziile de afaceri ar fi revizuite doar în situațiile în care performanța este suficient de degradată și de îndepărtată de așteptări.

Ca o ultimă observație care să sublinieze importanța practică a doctrinei abstențiunii ca modalitate de abordare a regulii judecătii de afaceri, subliniem valoarea protecției pe care aceasta o conferă administratorilor. În primul rând, aceștia sunt protejați față de riscul inerent al examinării

¹³⁴ *Idem.*

retrospective a deciziilor lor de afaceri și, în al doilea rând, se diminuează riscul lipsei inovației și a activității comerciale nechibzuite.

Discrepanța dintre interesele acționarilor și cele ale administratorilor se adâncesc în situația în care administratorii, pe lângă pierderea economică în eventualitatea eșecului rezultat în urma unei decizii de afaceri, sunt expuși suplimentar riscului răspunderii legale. Deciziile de afaceri pot fi descrise foarte rar ca fiind situații albe sau negre. Aceste situații implică judecăți prudente și conștiincioase ale cazului dar și plasarea lor în contextul unor alternative plauzibile. Mai mult, având în vedere caracterul inconstant al afacerilor, chiar și alternativele alese în mod precaut se pot finaliza în mod dezastruos¹³⁵.

84. La acest moment, bine-cunoscutul viciu al *privirii în retrospectivă* intră în discuție¹³⁶. Organele de decizie tind să aloce o probabilitate eronat de ridicată manifestării probabilistice a evenimentului, doar datorită faptului că acesta a avut loc până la urmă. Dacă un judecător cunoaște faptul că un reclamant a fost prejudiciat, va tinde în favoarea angajării răspunderii pentru neglijență, chiar dacă în cazul unei viziuni *ex ante*, probabilitatea ca acest eveniment să aibă loc era foarte scăzută, iar luarea măsurilor de precauție împotriva acestui prejudiciu nu ar fi fost eficientă din punct de vedere al costurilor¹³⁷.

În cauzele de evaluare substanțială a deciziilor de afaceri, riscul considerabil al acestei revizuirii *ex-post* se datorează faptului că, adesea, acționarii reclamânți și judecătorii investiți cu judecarea cauzelor nu disting între administrație competentă și neglijență, pentru că rezultatele negative

¹³⁵ A se vedea Hanks J. J. Jr.: *Evaluating Recent State Legislation on Director and officer liability limitation and indemnification*, Business Law Review nr. 43/1988, pp. 1207, 1232. În motivarea deciziei *In Re Aban Limited Inc.*, WL 20, Delaware Chancery Court, 2002, instanța reține faptul că, dacă „reclamantul identifică alternative viabile ale deciziei adoptate de consiliul de administrație nu este suficient – ceea ce regula judecății de afaceri încearcă să evite este tocmai această evaluare judecătorească retrospectivă”.

¹³⁶ În cauza *Agranoff v. Miller*, 791 A 2d 892 Delaware Chancery Court, 2001, vice-cancelarul din Delaware a explicat faptul că „posibilitatea influenței negative a retrospectivei și a distorsiunilor cognitive este foarte ridicată”. A se vedea și Jolls, C.: *A Behavioral Approach to Law and Economics*, Stanford Law Review nr. 5/1998, p. 1523.

¹³⁷ O analiză amplă a influențării evaluării retrospective a regulii judecății de afaceri în Arkes, H. R, Schipani, C. A.: *Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule. Differences in Hindsight Bias*, Oregon Law Review nr. 73/1994.

vor fi privite *ex post*¹³⁸ ca și cum ar fi fost predictibile și astfel, posibil de împiedicat *ex ante*. Circumstanțele unei decizii de afaceri nu sunt reconstruite cu ușurință într-o sală de judecată ani mai târziu, din moment ce dinamismul lumii de afaceri impune decizii rapide, bazate pe informații incomplete. Funcția administratorului responsabil de luarea deciziilor este să întâmpine riscurile și să combată factorii de incertitudine. O decizie justificată la acel moment poate părea suspectă ani mai târziu în contextul cunoașterii complete a împrejurărilor¹³⁹. Dacă angajarea răspunderii este determinată de rezultatele financiare nefaste, fără a se avea în vedere calitatea *ex ante* a deciziei și a procesului decizional, administratorii vor fi descurajați să își asume acele riscuri de afaceri¹⁴⁰.

5.3. Codificarea și interpretarea regulii judecătii de afaceri în dreptul continental

85. Profesorul Bayless Manning, o voce proeminentă în dreptul societar și fost decan al Stanford Law School a deschis o conferință de guvernanta corporativă prin afirmația „Unii oameni sunt atât de norocoși, încât nu au auzit niciodată de regula judecătii de afaceri”¹⁴¹. Această percepție este determinată de absența recunoașterii legale a acestei instituții

¹³⁸ A se vedea Guthrie, C.: *Inside the Judicial Mind*, Cornell Law Review nr. 86/2001, o publicație care dezbate dovezile empirice ale alterării procesului decizional judiciar datorită influențelor gândirii în retrospectivă. În cauza *Joy v. North*, 692 F 2d 880, Delaware Chancery Court, 1982, instanța menționează faptul că examinarea după consumarea faptului este o modalitate imperfectă de a evalua deciziile de afaceri ale unei societăți.

¹³⁹ A se vedea și Rachlinsky, J. J.: *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, University of Chicago Law Review nr. 6/1998, argumentând faptul că în dreptul societar, regula judecătii de afaceri protejează administratorii și alți membri ai organelor de conducere de angajarea răspunderii pentru decizii de afaceri neglijente, în parte datorită caracterului inevitabil al unor rezultate mai puțin reușite.

¹⁴⁰ A se vedea Arkes, H. R., Schipani, C. A, *art. precitat supra* 331, care sugerează că evaluarea în retrospectivă a deciziilor de afaceri poate descuraja persoane calificate de a se angaja ca membri ai consiliilor de administrație, dacă ar fi adevărat că „lipsa îndrăzelii este cea mai mare sursă a costurilor mandatului”. A se vedea și Easterbrook, F., Fischel, D. R.: *The Corporate Contract*, Columbia Law Review nr. 89/1989, p. 99.

¹⁴¹ Symposium: *Current Issues in Corporate Governance: The Business Judgment Rule In Overview*, Ohio, 1984.

în numeroase jurisdicții ale lumii, deși este în același timp unul dintre principiile guvernantei corporative cel mai des invocat în practică.

Această construcție jurisprudențială americană, care datează de la începutul secolului XIX, a fost modelată în timp de instanțele din Delaware și rămâne în mare parte un produs al jurisprudenței. Complexitatea formării unui model european de evaluare a deciziilor de afaceri se datorează în primul rând diferențelor dintre instituțiile complementare ale guvernantei corporative. Nu numai că organizarea și structura consiliilor de administrație ale societăților sunt variate în rândul statelor membre UE, dar diversitatea dispozițiilor legale referitoare la obligațiile administratorilor și mecanismele de angajare a răspunderii reduc dorința și necesitatea unei reguli armonizate a judecării de afaceri.

Principiul dominant în dreptul continental este acela potrivit căruia, obligațiile administratorilor sunt în primul rând datorate societății, iar nu acționarilor. Cu toate acestea, chiar și principiile universal acceptate prevăd excepții, abordări adiacente sau implementări neuniforme. În majoritatea jurisdicțiilor de drept civil din Europa, relațiile juridice directe dintre administrator, acționari și terți sunt reglementate de dreptul comun, respectiv de dreptul obligațiilor și de principiile răspunderii civile.

5.3.1. Regula judecării de afaceri în statele membre UE ¹⁴²

86. Interpretarea europeană a regulii judecării de afaceri include îndeplinirea condițiilor tradiționale formulate de jurisprudența din Delaware. Cu toate acestea, până în anul 2014, doar șase state membre au introdus regula judecării de afaceri prin norme exprese în dreptul societăților, și anume Germania, Portugalia, România, Croația, Grecia și Republica Cehă. După Germania, care a fost prima țară europeană care a reglementat regula în anul 2005, celelalte jurisdicții au fost influențate în mod pozitiv de tendința europeană, fie înainte de aderarea lor la Uniunea Europeană, fie în cadrul evaluării performanțelor sistemelor de justiție. Nu

¹⁴² Abordarea comparativă a regulii judecării de afaceri în statele membre UE din prezentul capitol a fost publicată inițial în lucrarea Catană, R. N, Ponta, A.: *The Business Judgment Rule and its reception in European Countries*, The Macrotheme Review vol. 4, nr. 7, Austin, Texas, 2015, pp. 125-141.

am identificat criterii geografice, istorice sau politice pentru a explica motivele pentru care anumite state au legiferat regula judecății de afaceri.

Până în anul 2015, aproape jumătate din cele 28 de state membre UE¹⁴³ au recunoscut în doctrină sau în jurisprudență existența și aplicarea regulii judecății de afaceri, în ciuda absenței unei reglementări exprese. Cu toate acestea, numărul statelor europene care încă nu reglementează și nu acceptă această instituție de protecție este mai mare decât statele care reglementează regula judecății de afaceri.

Întrebarea firească în aceste circumstanțe este referitoare la modalitatea de evaluare judiciară a conduitei administratorilor în cazurile de încălcare a obligației de diligență și prudență în statele în care nu există o reglementare expresă a *business judgment rule*. După cum am menționat, obligația de diligență și prudență este formulată în mod expres în majoritatea jurisdicțiilor, astfel încât instanțele fundamentează adesea soluțiile pe interpretările doctrinare ale obligației și pe așteptările comportamentale din partea administratorilor. Având în vedere caracterul imprevizibil și neunitar al practicii judiciare în rândul statelor membre, apreciem că reglementarea națională a regulii judecății de afaceri ar constitui o promovare a riscului eficient și inovator în cadrul societăților din statele europene și o urmare evidentă a reglementării standardului de conduită, a obligației de diligență și prudență.

Constatăm că, în majoritatea statelor, instanțele evaluează deciziile de afaceri luate în condiții riscante sau care au efecte nesigure, prin luarea în considerare a principiului de guvernanță corporativă, potrivit căruia, administratorul a trebuit să își fundamenteze decizia *ex ante* pe diferite așteptări și probabilități, iar o evaluare severă *ex post* ar putea fi influențată de imparțialitatea și informarea incompletă a celor care analizează decizia de afaceri, un fenomen numit *hindsight bias*.

87. Versiunea germană a regulii judecății de afaceri este o transpunere fidelă a expresiilor utilizate de Institutul American de Drept în formularea Principiilor Guvernanței Corporative. Aceeași transpunere fidelă a elementelor tradiționale ale regulii au fost adoptate și de

¹⁴³ Aceste state sunt Austria, Belgia, Bulgaria, Cipru, Danemarca, Finlanda, Ungaria, Italia, Lituania, Luxemburg, Spania, Suedia, Slovenia și Marea Britanie.

Liechtenstein¹⁴⁴. Totuși, în ceea ce privește efectele aplicării acestei reguli, instanțele germane denaturează obiectivul regulii ca standard de evaluare și se îndepărtează de teoria clasică, sarcina probei aparținând în continuare administratorului, a cărui decizie de afaceri este dedusă judecății¹⁴⁵.

În una dintre cele mai controversate decizii de aplicare a regulii judecății de afaceri în jurisprudența germană, Curtea Supremă a apreciat că se impune angajarea răspunderii administratorului¹⁴⁶, deoarece „trebuia să fi explorat *toate* sursele de informare avute la dispoziție”, deși formularea legală impune în mod explicit doar o informare rezonabilă și adecvată. Observăm de asemenea că aplicabilitatea regulii judecății de afaceri nu intervine automat în jurisprudența germană și aceasta nu reprezintă un standard, ci mai degrabă o excepție, care nu are aproape niciodată efectul instituirii prezumției clasice care este de esența regulii. În practică, activitățile comerciale trebuie să fie fundamentate pe investigații efectuate cu atenție, dacă administratorul intenționează să utilizeze „privilegiul răspunderii civile” conferit de regula judecății de afaceri¹⁴⁷.

Deși, în teorie, instanțele germane descriu regula judecății de afaceri ca fiind „o protecție și o garanție care [...] împiedică paralizia caracterului antreprenorial al unui membru al consiliului de administrație, ceea ce ar fi dezavantajos nu doar pentru societate și pentru acționari, dar și pentru întreaga economie”¹⁴⁸, aceste afirmații rămân la stadiul teoretic. Elementul modern al dreptului societar din Germania este menționat în preambulul Legii societăților pe acțiuni, care menționează în mod expres faptul că deciziile de afaceri sunt adesea fundamentate pe experiența și intuiția

¹⁴⁴ Kunz, P. V.: *Business Judgment Rule – Fluch oder Segen?*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht nr. 3/2014.

¹⁴⁵ Art. 93 alin. 2 din Legea germană a societăților pe acțiuni (*Aktiengesetz*), teza a II-a, „în caz de litigiu cu privire la îndeplinirea obligației de diligență și prudență de către membrii consiliului de administrație, aceștia au sarcina dovedirii diligenței și a caracterului conștiincios”.

¹⁴⁶ Curtea Supremă de Justiție a Republicii Federale Germania (BGH), decizia II ZR 202/07 din 14.07.2008.

¹⁴⁷ Von Hein, J.: *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, Ed. Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008.

¹⁴⁸ Cahn, A.: *Aufsichtsrat und Business Judgment Rule*, Institute for Law and Finance, Goethe Universität Frankfurt am Main, Working Paper Series nr. 141/2013, p. 6.

administratorilor care au în vedere dezvoltările viitoare ale societății, precum și un simț special de a intui reacțiile pieței, ale clienților și ale concurenților. În principiu, autoritatea inițierii acțiunii în răspunderea membrilor consiliului de administrație aparține consiliului de supraveghere, sistemul dualist de administrare fiind îmbrățișat de legiuitorul german. Începând cu anul 2005, în cazul în care se îndoiesc de diligența și prudența depusă de membrii consiliului de administrație, acționarii au posibilitatea delegării acestei responsabilități procedurale unui reprezentant special numit în acest sens¹⁴⁹.

Caracterul strict al evaluării judiciare de către instanțele germane se poate observa prin precedentele judiciare create, care sunt urmate de jurisprudența majoritară. Într-o altă decizie¹⁵⁰, Curtea Supremă a apreciat că în deciziile de previziune a unor investiții ale societății, consiliul de administrație trebuie să apeleze la consiliere de specialitate, pentru a lua decizii conform „tehnicilor de previziune standard” din branșa respectivă. În motivarea soluției, instanța a preluat structura hotărârii anterior menționate și a constatat că elementul procedural al regulii nu a fost îndeplinit, deoarece administratorul nu a epuizat toate mijloacele posibile de informare, nu a acționat conform tehnicilor standard de prognoză, nu a angajat consiliere externă de specialitate. Cu toate acestea, instanțele germane recunosc aplicarea regulii în situațiile în care administratorii acționează în interesul societății și nu în interesul acționarilor¹⁵¹.

88. O altă modalitate de reglementare a regulii judecătii de afaceri se regăsește în dreptul ceh¹⁵². Formularea nu menționează nivelul diligenței și prudenței stabilit prin lege, dar spre deosebire de obligația clasică de a acționa „în interesul superior al societății”, administratorii societății în Cehia sunt obligați să acționeze într-un „interes justificat”. Acest termen vag reflectă, în opinia noastră, relativitatea calității operațiunilor de afaceri și

¹⁴⁹ Wagner, G.: *Officers' and Directors' Liability under German Law. A Potemkin Village*, Theoretical Inquiries in Law nr. 16/2015.

¹⁵⁰ Curtea Supremă de Justiție a Republicii Federale Germane (BGH), decizia II ZR 146/09, 22.2.2011.

¹⁵¹ Curtea de Apel (OLG) Frankfurt, 17.8.2011 – 13 U 100/10, BB-Entscheidungsreport Paul, BB 2011, 2771.

¹⁵² Art. 55 din Legea privind societățile din Cehia.

caracterul imprevizibil al efectelor unei afaceri încheiate cu îndeplinirea obligației de diligență și prudență. Cu toate acestea, în temeiul legislației cehă, administratorul are sarcina de a dovedi acest „interes justificat” dacă reclamanții nu contestă buna-credință. Legea nu recunoaște posibilitatea dovedirii bune-credințe, astfel încât prin efectul regulii, sarcina probei este răsturnată în favoarea pârâtului. Deși efectele regulii judecătii de afaceri sunt atinse prin mecanismele prevăzute de legislația cehă, considerăm această abordare legală ca fiind riscantă, deoarece buna-credință este o condiție *sine qua non* a premiselor fiecărei obligații fiduciare, inclusiv a obligației de diligență și prudență. Prin urmare, buna-credință nu ar trebui să reprezinte un criteriu singular pentru alocarea sarcinii probei¹⁵³.

89. În Grecia, reglementarea regulii judecătii de afaceri¹⁵⁴ a înlocuit criteriul de evaluare a conduitei titularului obligațiilor fiduciare de la un *pater familias* prudent la un „profesionist prudent”. În consecință, administratorul riscă o răspundere obiectivă, „specializată”, care are în vedere competențele și experiența medie a unui profesionist din domeniul respectiv, spre deosebire de legea anterioară, conform căreia trebuia să dovedească doar același nivel de diligență în afaceri caracteristică unui om obișnuit. Sarcina probei revine administratorilor, care în prezent *au dreptul* de a dovedi conformitatea deciziilor lor de afaceri cu interesele societății, buna-credință și informarea prealabilă. Cu toate acestea, obligația de a se informa nu este în general verificată de către instanțe, ci doar examinată *ad-hoc*.

5.3.2. Protecția administratorilor în absența reglementării regulii judecătii de afaceri

90. Chiar dacă în majoritatea statelor membre ale Uniunii Europene nu regăsim norme clare și reguli exprese, constatăm că deciziile de afaceri luate cu bună-credință vor fi protejate, uneori chiar mai accentuat decât în jurisdicțiile în care regula este consacrată în mod expres. Lipsa unui cadru european uniform de evaluare a obligației de diligență și prudență permite instanțelor adaptarea limitelor protecției oferite deciziilor de afaceri.

¹⁵³ Koziak, J.: *Business Judgement Rule in Czech Corporations Act*, Tribuna Juridică nr. 1/2014, București.

¹⁵⁴ Art. 22 a par. 2 (c) din Legea greacă nr. 3604/2007.

Deși Austria nu a reglementat în mod explicit regula judecății de afaceri, doctrina apreciază că protecția și libertatea de acțiune acordată administratorilor prin jurisprudența încetățenită de aplicare a regulii este vădit mai mare comparativ cu efectele oferite de această regulă în cele șase jurisdicții europene care au codificat regula judecății de afaceri¹⁵⁵.

În aceeași manieră, Italia a adoptat o procedură complexă, adaptând principiile construite de jurisprudența din Delaware la cea mai potrivită versiune a regulii raportat la cerințele naționale actuale. Deși dintre jurisdicțiile Uniunii Europene, jurisprudența italiană demonstrează una dintre cele mai exacte aplicări a regulii judecății de afaceri în înțelesul ei originar, această interpretare nu a fost niciodată aprobată în mod expres de către instanțe. Judecătorii italieni preferă să stabilească mai întâi conduita administratorului în ceea ce privește procesul decizional. Dacă această conduită se dovedește a fi corespunzătoare, Curtea Supremă a recomandat încă din 1965¹⁵⁶ că instanțele ar trebui să încerce să verifice neglijența gravă (*avvedutezza nella gestione*). Dacă nu se identifică neglijența gravă, instanțele italiene procedează la examinarea corectitudinii deciziei de afaceri¹⁵⁷ (*vaglio della legittimità della decisione*). În cazul în care se dovedește că decizia de afaceri a fost luată în urma unui proces decizional adecvat, nu este caracterizată de neglijență gravă și administratorul nu este în conflict de interese, instanța va pronunța o decizie similară aplicabilității regulii judecății de afaceri, dacă decizia poate fi atribuită unei judecăți raționale (*decisione irrazionale o arbitraria*).

În Slovenia, un stat în care nu se regăsește o codificare expresă a regulii judecății de afaceri, unele instanțe și-au exprimat disponibilitatea de a aplica modelul american din Delaware¹⁵⁸. Un alt exemplu pentru aplicarea

¹⁵⁵ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 226, p. 138.

¹⁵⁶ Cass. 12.11.1965 n. 2359 Diritto Fallimentare 29; Cass 06.03.1970, n. 558 Diritto Fallimentare 81.

¹⁵⁷ Cass. 16.01.1982, n. 280, Giurisprudenza Italiana I 1 c. 774; Cass 04.04.1998 n. 3483 Diritto Fallimentare 252; App. Genova 05.07. 1986 Giurisprudenza Commerciale 730 and Trib. Milano 10.02.2000, 326 și App. Milano, 28.03.1980, Giurisprudenza Italiana I, 2, c. 219; App. Milano, 21.01.1994, Società.

¹⁵⁸ Lenart, C.: *Business judgment rule in theory and Slovenian practice and associated liability for damages of management*, Repository of the University of Ljubljana nr. 22/2018. În decembrie 2018, Slovenia își propunea modificarea art. 263 din Legea societăților cu scopul reglementării regulii judecății de afaceri.

unui standard de evaluare flexibil al obligației de diligență și prudență în absența unei reguli exprese este Luxemburg. Instanțele luxemburgheze acordă administratorilor o recunoaștere a libertății de a acționa, în limitele căreia actele și faptele lor nu vor conduce la angajarea răspunderii pentru deciziile de afaceri *intra vires*. Justificarea acestei interpretări flexibile este aceea că, dreptul societăților prevede o obligație de mijloace a administratorilor, *obligation de moyens*, care îi obligă doar să depună toate diligențele posibile pentru a atinge cel mai bun rezultat¹⁵⁹.

Curtea Supremă din Polonia, un stat care nu reglementează și nici nu deduce doctrinar regula judecării de afaceri, propune o altă abordare, respectiv un administrator nu va putea justifica îndeplinirea nefastă a unui risc economic, atunci când prejudiciul societății a fost rezultatul unei gestionări neglijente¹⁶⁰. Pe de altă parte, în Olanda, literatura de specialitate recunoaște pe scară largă o mare marjă de apreciere care trebuie luată în considerare în analiza raționamentelor administratorilor. Judecătorii olandezi sau experții desemnați efectuează o analiză detaliată a afacerilor și documentelor justificative pentru a identifica respectarea obligațiilor fiduciare sau absența unei abateri¹⁶¹. Așadar, această procedură exclude orice posibilitate de aplicare a doctrinei abstențiunii.

Practica judiciară din Ungaria nu clarifică raportul dintre obligația de diligență și prudență și justificările încălcării acesteia, deși evaluarea culpei are loc în majoritatea cauzelor care au ca obiect angajarea răspunderii unui administrator. Jurisprudența ungară conține câteva decizii izolate, în care instanța a angajat răspunderea administratorilor din simplul motiv că decizia de afaceri a fost inadecvată în opinia acționarilor. Cu toate acestea, jurisprudența dominantă demonstrează aplicarea regulii judecării de afaceri, în ciuda unei standardizări elaborate. Instanța a respins o acțiune în răspunderea unui administrator care a luat o decizie de afaceri încadrată „în limitele riscurilor obișnuite de afaceri”¹⁶², deoarece a constatat că acesta „a

¹⁵⁹ Germain, C. J. P. M.: *Dirigeants de sociétés*, Groupe Revue Fiduciaire, 2006, p. 406.

¹⁶⁰ Curtea Supremă de Justiție din Polonia, decizia nr. IVCKN 117/09.05.2000.

¹⁶¹ Curtea de Apel din Amsterdam este faimoasă pentru practica acesteia de a permite acționarilor care dețin cel puțin 10% din capital de a numi un expert care să investigheze gestionarea afacerilor societății, conform Codului Civil olandez secțiunea 2:344-2:359. A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 226, p. 147.

¹⁶² Curtea Regională din Budapesta, Fővárosi Ítéltábla 13.Gf. 40003/2003.

pregătit afacerea cu diligența și prudența datorată, deși ulterior s-a dovedit a fi o decizie greșită”. Instanțele ungare protejează de obicei asumarea riscului mediu în afaceri, însă eforturile extravagante și riscante sunt deocamdată inacceptabile din punct de vedere cultural, spre exemplu riscurile asumate prin concesiunea unei mine de diamante din Africa de Sud, astfel încât angajarea răspunderii administratorului a avut ca efect obligarea acestuia la plata unor sume ridicate cu titlu de daune¹⁶³.

Jurisprudența franceză deduce regula judecătii de afaceri în modalitatea în care aceasta este definită în jurisprudența din Delaware, iar interpretarea dominantă a regulii este instituirea unei prezumții în favoarea administratorilor, aceea că aceștia au acționat cu bună-credință, în cunoștință de cauză și în convingerea onestă că acțiunile lor au fost luate în interesul superior al societății. Această prezumție solidă din jurisprudența franceză funcționează într-o manieră foarte apropiată de doctrina abstențiunii, astfel că instanțele sunt împiedicate să interfereze în problemele de management, dar numai atâta vreme cât societatea este solvabilă¹⁶⁴.

Marea Britanie nu a urmărit transpunerea standardizării regulii judecătii de afaceri din jurisdicția de *common law* care s-a creat de altfel din tradiția britanică, ci a definit competențele personale și subiective ale administratorilor. Decizia de referință datează din anul 1925¹⁶⁵, când instanța a recunoscut că „un administrator nu trebuie să demonstreze în îndeplinirea îndatoririlor sale un grad mai ridicat de pricepere decât cel care poate fi așteptat în mod rezonabil de la o persoană cu cunoștințele și experiența sa”. Aceeași decizie recunoaște faptul că delegarea poate fi uneori necesară și că administratorul „nu este obligat să acorde o atenție continuă tuturor afacerilor societății”. În absența unei codificări exprese a regulii, Marea Britanie a adoptat o largă flexibilitate a standardelor de conduită și a standardelor de evaluare a acestora în raport cu alte aspectele ale unei societăți, precum dimensiunea, sistemul de administrare sau rolul administratorului respectiv.

¹⁶³ Curtea regională din Szeged, Szegedi Ítéltábla Pf.I.20 079/2003.

¹⁶⁴ Rivalland, J. C.: *The Company Director Checklist in France*, Allen & Overy LLP report, mai 2014.

¹⁶⁵ Cauza *Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, Ch. 407, Curtea de Apel a Angliei și a Țării Galilor, 1925.

Caracterul amplu și flexibil al aplicării regulii judecătii de afaceri în Marea Britanie nu este surprinzătoare. În 1974, *Privy Council* (Consiliul Casei Regale)¹⁶⁶ a menționat că puterea administratorilor de a decide emiterea de acțiuni poate fi circumscrisă obiectivului afacerilor, chiar dacă a privat un anumit acționar de beneficiul majorității sale de vot. Instanța a motivat că asigurarea stabilității financiare a societății reprezintă un obiectiv comercial adecvat.

După cum am observat în exemplele anterioare, este evident că majoritatea statelor membre au depus eforturi consecvente în ultimul deceniu pentru a reglementa sau a deduce jurisprudențial regula judecătii de afaceri, o instituție care s-a dovedit a fi necesară și solicitată de guvernanta corporativă modernă, pentru protejarea riscurilor comerciale raționale și a inovației inerente. În ceea ce privește evoluția recentă, putem afirma că o conturare a regulii judecătii de afaceri în dreptul continental va fi determinată de cele mai bune practici, precum și de jurisprudența națională relevantă din statele membre UE.

Concentrarea majorității acțiunilor în mâinile unui număr redus de persoane conduce deseori la adoptarea unor decizii importante de afaceri de către consiliul de administrație, dar cu aprobarea formală sau informală a acționarilor, un scenariu care se înscrie în dilema lui Arrow¹⁶⁷. Această situație inconfortabilă este specifică mai degrabă sistemului de drept civil, decât *common law*, în care separarea proprietății și a controlului are deja o istorie naturalizată și unde procesul decizional independent este încetățenit în cunoașterea comună.

91. Un obstacol în calea unei implementări line a regulii este de natură instituțională. Lipsa aplicării obligațiilor fiduciare a administratorilor precum și reticența instanțelor de a aplica regula judecătii de afaceri este determinată de lipsa unui cadru procedural civil adecvat, în special în ceea ce privește răsturnarea sarcinii probei. Fundamentarea răspunderii civile pe această justificare modernă solicită un mediu deschis adaptării acesteia, astfel încât în prezent procedura este privită cu scepticism și incertitudine.

¹⁶⁶ Judicial Committee of the Privy Council, *Howard Smith Ltd v. Ampol Ltd*, UKPC 3, AC 821, 1974.

¹⁶⁷ A se vedea Arrow, K. J., *op. cit. supra* 327, p. 21.

Mai mult de jumătate dintre statele membre acuză lipsa de eficacitate a organelor judiciare în cazuri complexe de drept societar și, în consecință, acționarii preferă să revoce administratorii decât să recurgă la sistemul judiciar. În consecință, lipsa previzibilității hotărârilor judecătorești în cazurile de încălcare a obligațiilor fiduciare este direct legată de discrepanța culturală dintre *common law* și sistemul de drept civil. Prin urmare, angajarea răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare este aproape inexistentă și uneori înțeleasă greșit. Deși dreptul societar român tinde, de exemplu, să sporească încrederea în abilitățile decizionale ale administratorilor societății, mediului juridic și investitorii au nevoie de timp pentru a se adapta la noile implicații ale sistemului judiciar. Apreciem că, și în prezent, instanțele nu ar trebui să fie solicitate pentru a se pronunța asupra utilității sau oportunității unui act de management, ci numai asupra respectării intereselor afacerilor sociale prin adoptarea unei anumite decizii.

5.4. Interpretarea doctrinară și aplicarea regulii judecătii de afaceri în dreptul român

92. Cu câțiva ani înainte de codificarea regulii judecătii de afaceri în dreptul român, doctrina română a descris această regulă de *common law* ca fiind „varianta americană a lui *bonus pater familias*”, încurajând reglementarea viitoare a unor mecanisme de „exonerare de răspundere” a administratorilor care iau decizii de afaceri în condiții oneste¹⁶⁸. Prin referire la jurisprudența americană, cu precădere a instanțelor din Delaware, doctrina română a început să integreze diferențierea dintre standardele de conduită și standardele de evaluare¹⁶⁹, recunoscând că instanțele vor trebui să adapteze evaluarea conduitei și să o distingă de cea aplicabilă în acțiunile de drept comun. Prin natura riscurilor întreprinse de administratori în îndeplinirea mandatului, o decizie de afaceri luată cu diligență și prudență, în mod informat și cu considerarea efectelor

¹⁶⁸ A se vedea Piperea, Gh.: *Guvernanța corporatistă. Partea a II-a*, Pandectele Române nr. 3/2004, p. 122.

¹⁶⁹ Bercea, L.: *Noi standarde de comportament în afaceri? Business judgment rule și răspunderea administratorilor pentru insolvența societăților comerciale*, Curierul judiciar nr. 7/2014, p. 412 și Bodu, S. V.: *Răspunderea administratorului față de societate*, RRDA nr. 4/2015, p. 34.

previzibile, poate avea efecte nefaste, astfel încât doctrina română, în spiritul încurajării asumării riscurilor moderate în afaceri, susține imperativul că decizia de afaceri trebuie analizată conform contextului *ex ante* în care a fost luată, iar nu *ex post*, când informațiile accesibile la momentul controlului judiciar nu mai sunt aceleași¹⁷⁰.

Prin poziționarea dispoziției care reglementează regula judecății de afaceri în cuprinsul capitolului IV din Legea nr. 31/1990 (LS), legiuitorul pare să fi rezervat efectele acesteia pentru administratorii SA. Astfel, regula judecății de afaceri poate fi invocată de administratorii neexecutivi și de directorii unei SA administrată în sistem unitar, de membrii directoratului și ai consiliului de supraveghere ai unei SA administrată în sistem dualist. Având în vedere amplitudinea obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi, apreciem că extinderea expresă a aplicabilității regulii prin art. 153 ind. 2 și 153 ind. 8 LS este binevenită și exclude orice dubiu în ceea ce privește protecția administratorilor fără funcții executive.

93. Legea definește decizia de afaceri ca orice decizie de a lua sau de a nu lua anumite măsuri cu privire la administrarea societății, ceea ce corespunde conceptului originar din *common law*, respectiv orice acțiune sau inacțiune, însă termenul nu echivalează decizia de a nu acționa neglijării luării unei decizii¹⁷¹, prima fiind acoperită de regula judecății de afaceri. Prin completarea dispozițiilor legii speciale cu dreptul comun și prin interpretarea conceptelor deja expuse din *common law* și din dreptul francez, o decizie luată cu neglijență gravă sau *culpa lata* nu justifică scopul rațional în afaceri al unei persoane obișnuit de diligente și prudente.

Pentru încurajarea asumării riscului în afaceri și a îndeplinirii obiectivelor funcției de administrare, legiuitorul român a înțeles să elimine temerea constantă a administratorilor de a fi revocați și de a le fi angajată răspunderea pentru cea mai mică eroare de administrare, prin protejarea deciziilor lor de afaceri. Nu îmbrățișăm temerile expuse de doctrina timpurie cu privire la efectele secundare ale regulii, respectiv riscul ca administratorii

¹⁷⁰ Bercea, L.: *Regula judecății de afaceri: despre noul regim al răspunderii administratorilor societății pe acțiuni*, Pandectele Române nr. 8/2007, p. 34.

¹⁷¹ Aceeași interpretare este îmbrățișată și de doctrina română, Bercea, L.: *Business Judgment Rule and the Romanian Legal Culture*, Romanian Journal of Comparative Law nr. 1/2011, p. 83, și Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 144 ind.1 din Legea societăților).

să „profite” de această reglementare și să încerce să creeze o aparență de prudență și diligență¹⁷², ci apreciem ca binevenită preferința legiuitorului pentru „*risk of director error to that of judicial error*”¹⁷³.

94. Interpretarea regulii judecății de afaceri afectează din punctul nostru de vedere însăși eficiența regulii. Dacă aceasta este privită ca un standard de evaluare obiectiv, prin care se verifică matematic elementele prescrise de Principiile Institutului de Drept American¹⁷⁴, urmând ca la final, instanța să realizeze o ultimă analiză globală a bunei-credințe în ceea ce privește respectiva decizie de afaceri, atunci apreciem că obiectivele regulii judecății de afaceri au fost atinse¹⁷⁵. Potrivit acestor criterii, dacă reclamantii

¹⁷² A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 364, pp. 34-35, Bercea, L., *art. precitat supra* 365, p. 86 și Bercea, L.: *Regula Judecății de Afaceri: un transplant legal imposibil*, Pandectele Române nr. 3/2006, p. 202.

¹⁷³ Un efect al regulii judecății de afaceri, privită ca un standard de evaluare, este împiedicarea substituirii judecății de afaceri a administratorului de către un judecător cu cunoștințe limitate despre piața relevantă de afaceri. Doctrina timpurie a criticat această strategie de modernizare pentru care a optat legiuitorul român și pe care o privim ca fiind cea mai potrivită alternativă, deoarece aplicarea regulii ar sugera „calificarea drept infailibilă nu a deciziei judecătorului, ci a celei a administratorului”. A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 366, p. 207 și Bercea, L., *art. precitat supra* 365, pp. 84, 87, 90. Deși regula judecății de afaceri nu a putut fi aplicabilă datorită existenței unui conflict de interese, apreciem promițătoare motivarea Deciziei nr. 64/30.03.2010, prin care C. Ap. Timișoara a apreciat că „instanța de judecată nu trebuie să substituie deciziei administratorilor propriile sale noțiuni potrivit cărora o anumită decizie de afaceri este sau nu oportună, atât timp cât conducerea societății a acționat pe baza unor informații adecvate, cu bună-credință și cu convingerea onestă că acțiunea întreprinsă este întrutotul în interesul persoanei juridice, fără a implica vreun interes personal al administratorului”.

¹⁷⁴ Conform Principiilor ALL, *supra* 207, „un administrator sau un salariat cu atribuții executive care ia o decizie de afaceri cu bună-credință, îndeplinește obligația de diligență și prudență dacă (1) nu este interesat (în conflict de interese) în obiectul deciziei de afaceri respective, (2) este informat cu privire la obiectul judecății de afaceri într-o măsură în care el crede în mod rezonabil că este potrivit în contextul dat, (3) apreciază în mod rațional că judecata sa de afaceri este în interesul superior al societății”.

¹⁷⁵ Doctrina română a menționează și doctrina abstențiunii ca modalitate de abordare a regulii judecății de afaceri în sistemul anglo-saxon, fiind uneori neclar dacă această practică este promovată de doctrină pentru a fi utilizată în practică. Am observat adesea citarea lucrărilor Prof. Bainbridge, University of California, care susține doctrina abstențiunii, însă care reprezintă o opinie minoritară în doctrina de *common law*. Am menționat că aplicarea regulii ca o doctrină a abstențiunii este foarte rar întâlnită în practica instanțelor, iar Curtea Supremă din Delaware a clarificat într-o decizie faptul că doctrina abstențiunii nu reprezintă interpretarea dominantă a regulii, ci o excepție. Apreciam că această abordare nu este compatibilă cu sistemul de drept civil, iar o adaptare a acesteia nu este dezirabilă,

nu dovedesc luarea unei decizii de afaceri cu *culpa lata*, o decizie de afaceri luată cu *culpa levis* sau *culpa levissima* ar trebui protejată de efectele regulii judecătorești de afaceri.

Pentru evaluarea conduitei membrilor organelor de conducere SA, prin coroborarea dispozițiilor art. 72 cu art. 144 ind. 1 LS, legiuitorul român a optat pentru criteriul bunului administrator, specific răspunderii civile contractuale, respectiv o agravare a răspunderii administratorilor prin raportare la un model uman abstract¹⁷⁶. Îndeplinirea obligațiilor fiduciare de către administrator va fi raportată la un *bonus pater familias*, iar standardul de evaluare este acela al unui profesionist diligent și prudent în îndeplinirea mandatului cu titlu oneros, prevăzut de art. 2018 alin. 1 Cod Civil. Criteriul diligenței unui *bonus pater familias* se aplică mai riguros în litigiile cu profesioniștii, prin luarea în considerare a „condițiilor specifice în care acționează, în acest caz nivelul exigențelor fiind sporit”¹⁷⁷. Astfel, societatea nu va fi obligată să facă dovada culpei administratorului, aceasta fiind prezumată.

În cazul SA, se va aplica o analiză obiectivă (*in abstracto*), a unui bun administrator, care răspunde pentru culpa gravă (*culpa lata*) și potrivit doctrinei actuale, și pentru culpa ușoară (*culpa levis*). Deși obligația de diligență și prudență este una sporită în cazul membrilor organelor de conducere SA, caracterul obiectiv al aprecierii culpei se datorează în primul rând calității lor de profesioniști și abia apoi caracterului oneros al mandatului. Doctrina menționează de asemenea, că membrii organului de administrare al SA „trebuie să depună diligențe sporite în administrare comparativ cu administrarea propriului patrimoniu”¹⁷⁸.

Apreciem că acest criteriu al bunului proprietar ar trebui adaptat domeniului de afaceri, deoarece administratorul va fi comparat cu alt

astfel încât transplantul *in integrum* al regulii nu este necesar. Vom susține astfel aplicarea regulii judecătorești de afaceri ca pe un standard de evaluare obiectiv al conduitei fiduciare.

¹⁷⁶ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M.: *Particularități ale eficienței instituției răspunderii civile a administratorilor și directorilor societăților comerciale, în contextul globalizării dreptului societar*, RRDA nr. 9/2010, pp. 37-38.

¹⁷⁷ Trib. Arad, Decizia nr. 98/15.01.2014.

¹⁷⁸ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 144 ind.1 din Legea societăților). Aceeași viziune exprimată de Catană, R. N., *op. cit. supra* 254, p. 181 și Cărpenaru, S. D.: *Tratat de drept comercial român*, ediția a 4-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 228.

administrator în aceeași societate și în circumstanțe similare, iar nu cu o persoană obișnuită. În aplicarea standardului de evaluare, criteriul obiectiv este completat adesea de un criteriu subiectiv, care ia în considerare circumstanțele specifice, domeniul de afaceri sau pregătirea și experiența administratorului¹⁷⁹. Similar, vinovăția nu reprezintă singura cauză justă a revocării mandatului, deoarece acesta a fost conferit în temeiul încrederii în pregătirea, experiența și cunoștințele administratorului profesionist. Ori performanțele nesatisfăcătoare pe termen lung, dovezile repetate ale pregătirii sau cunoștințele lacunare, precum scăderea cifrei de afaceri sau stagnarea societății¹⁸⁰ sunt justificări suficiente pentru ca încrederea să dispară.

95. Potrivit principiilor teoriei generale a obligațiilor, neglijența se caracterizează prin previzibilitate¹⁸¹, respectiv o persoană care deși putea și trebuia să prevadă consecințele faptei sale în contextul respectiv și în circumstanțele date, nu le-a prevăzut și a acționat în mod delăsător și nejustificat¹⁸². Pentru a nu cădea în capcana angajării răspunderii administratorului ca urmare a reținerii culpei ușoare, doctrina română a propus principiul determinării criteriului neîndeplinirii culpabile a obligației de diligență și prudență ca fiind însăși previzibilitatea efectelor actului de gestiune¹⁸³. Apreciem că acesta este un criteriu subiectiv, util în completarea standardului obiectiv de evaluare a obligației de diligență și prudență.

Prin achitarea cu titlu de avans a unei sume de bani către o societate cu care nu a încheiat un contract de vânzare-cumpărare pentru materialele de construcții, care avea deja datorii către societatea reclamantă, administratorul efectuează „un act de gestiune imprudentă, dând dovadă de neglijență contrar intereselor societății”¹⁸⁴. Instanța a subliniat caracterul mai strict al răspunderii administratorului „dată fiind calitatea sa de director general, angajat cu contract de *administrație*, de natură comercială, răspunderea [s.n. fiind] cu atât mai mare, cu cât în materie comercială, administratorul răspunde pentru culpa cea mai mică”. Deși nu distinge în

¹⁷⁹ C. Ap. Alba Iulia, Decizia nr. 194/12.04.2017.

¹⁸⁰ Bodu, S. V.: *Legea societăților comentată și adnotată*, Ed. Rosetti, București, 2017, p. 697.

¹⁸¹ A se vedea Catană, R. N., *art. precitat supra* 135, p. 193.

¹⁸² Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I.: *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 450.

¹⁸³ A se vedea Catană, R. N., *art. precitat supra* 135, pp. 193-194.

¹⁸⁴ C. Ap. București, secț. V com., Decizia nr. 167/13.04.2011.

mod expres între standardele de conduită și standardele de evaluare, instanța reține faptul că „administratorul răspunde pentru culpa cea mai mică” și angajează răspunderea acestuia potrivit art. 1540 Cod Civil (1864), pentru *culpa levis in abstracto*, a omului prudent și diligent (*bonus pater familias*). Observăm că instanțele aplică drept criteriu de apreciere a culpei în primul rând criteriul obiectiv, pe care îl completează cu elementele relevante care sunt în legătură directă cu circumstanțele deciziei unui om obișnuit de prudent, a cărui rigurozitate este adaptată mandatului cu titlu oneros și activității profesionistului.

În deciziile studiate, am remarcat că instanțele efectuează o analiză atentă a raportului de cauzalitate și a existenței unui prejudiciu cuantificabil pentru constatarea încălcării obligației de diligență și prudență. S-a reținut exigența ca prejudiciul cauzat societății de către director prin năndeplinirea obligațiilor legale sau statutare, spre exemplu prin încheierea unor acte prezumate a fi în conflict de interese, să fie capabil să afecteze patrimoniul societății, „neputând exista răspundere în absența unui prejudiciu cuantificabil”¹⁸⁵. Această constatare explică lipsa jurisprudenței referitoare la despăgubiri acordate societății pentru câștigul nerealizat datorită conduitei necorespunzătoare a administratorului.

96. Am subliniat în prima parte a prezentului capitol importanța distincției dintre caracterul rezonabil și caracterul rațional al unei decizii de afaceri, aspect preluat de legiuitor în cuprinsul art. 144 ind. 1 alin. 2 LS și de doctrină¹⁸⁶. Standardul de evaluare va analiza caracterul rezonabil al deciziei de afaceri, prin aprecierea raționamentului conduitei unui administrator mediu de diligent și prudent. Nu vom repeta considerentele expuse pe larg cu ocazia ilustrării standardului de diligență și prudență, însă menționăm că doctrina română adaptează ideea potrivit căreia, administratorul trebuie să fi fost rezonabil îndreptățit să ia o anumită decizie de afaceri și să se considere informat în mod adecvat cu privire la aceasta¹⁸⁷, respectiv să întreprindă o

¹⁸⁵ C. Ap. Alba Iulia, Decizia nr. 126/14.12.2011, aspect subliniat și de Trib. Arad, Decizia nr. 161/27.05.2015.

¹⁸⁶ Prescure T., Schiau, I.: *Legea societăților comerciale*, Ed. Hamangiu, București, 2009 și Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 144 ind.1 din Legea societăților).

¹⁸⁷ Referitor la oportunitatea criteriului neglijenței grave pentru evaluarea diligenței și prudenței în ceea ce privește propria informare a administratorilor, doctrina apreciază că „Vom vedea că diferența dintre teorie și practică ține de gradul de înțelegere a deciziilor

analiză a oportunității și a legitimității informațiilor obținute¹⁸⁸ din partea consultanților interni sau externi. În jurisprudența națională, obținerea consultanței tehnice de specialitate reprezintă un act de diligență și prudență înaintea demarării unui proces complex și conduce la aplicabilitatea regulii judecătii de afaceri¹⁸⁹. Caracterul adecvat va fi supus aceluiași standard obiectiv al bunului administrator, respectiv o răspundere pentru neglijență gravă, abordare pentru care au optat și creatorii *business judgment rule* din statul Delaware.

Observăm că și instanțele din România analizează circumstanțele economice exterioare deciziilor de afaceri pentru evaluarea îndeplinirii obligației de diligență și prudență, spre exemplu conduita unui director pe durata crizei economice din 2007. Prin Decizia nr. 2239/09.11.2016, Tribunalul Specializat Cluj constată caracterul rezonabil al unei decizii de afaceri în condițiile dificultăților „cauzate de lipsa de lichidități financiare pe piață, de dispariția unor parteneri tradiționali ai societății ori de reducerea activității altor parteneri [...], motiv pentru care, pentru limitarea consecințelor crizei, [s.n. administratorul] a fost nevoit să adopte măsuri de reducere a costurilor de producție prin reducerea personalului ori prin diminuarea veniturilor salariale. Dimpotrivă, de îndată ce neplățile și întârzierile la plată s-au accentuat, [s.n. administratorul] a abilitat departamentul juridic al reclamantei să efectueze toate demersurile judiciare împotriva debitorilor pentru recuperarea creanțelor deținute de societate”.

Prin reglementarea regulii judecătii de afaceri, legiuitorul recunoaște existența unor „limite naturale ale prudenței și diligenței umane, instituind condițiile în care obligațiile administratorului sunt considerate a fi îndeplinite, în pofida consecințelor prejudiciabile pentru societate ale deciziei de afaceri”. Admiterea tezei contrare ar determina angajarea „răspunderii administratorilor tuturor societăților obligate în instanță să achite un debit, or răspunderea administratorilor nu se întemeiază pe un raționament juridic eronat al acestora”¹⁹⁰.

de afaceri de către judecătorii chemați să soluționeze litigiile”, a se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 144 ind.1 din Legea societăților).

¹⁸⁸ A se vedea Prescure, T., Schiau, I., *op. cit. supra* 380.

¹⁸⁹ Trib. Com. Cluj, Decizia nr. 1209/27.06.2017.

¹⁹⁰ C. Ap. Timișoara, Decizia nr. 236/20.12.2012.

97. Într-o speță în care instanța a efectuat o analiză profundă a raționamentelor din spatele deciziei de afaceri a administratorului, preluând aproape în totalitate raționamentele de *common law* ale creării regulii, rațiunea regulii judecătii de afaceri este redată clar în motivare: „calitatea deciziei de afaceri ce privește măsurile ordinare, de gestiune, cu care administratorii sunt investiți în mod esențial, scapă cenzurii instanței investite cu acțiunea în antrenarea răspunderii administratorului, cu excepția cazurilor în care administratorul s-a îndepărtat atât de mult de orice scop rațional de afaceri, încât comportamentul său nu ar putea fi explicat altfel decât fie ca abuz de putere, fie ca gravă neglijență sau imprudență. Ori, neacceptarea la plată a unei facturi fiscale nu poate fi echivalată gravei neglijențe exclusiv prin prisma reținerii ulterioare a obligației de plată printr-o hotărâre judecătorească”¹⁹¹.

Dispoziția legală referitoare la obligația de diligență și prudență nu menționează sarcina probei, astfel încât aceasta va reveni reclamantului, potrivit dreptului comun. Acțiunea în angajarea răspunderii civile a administratorului poate fi introdusă de societate potrivit dispozițiilor art. 155 și 155 ind. 1 LS. Potrivit reglementării naționale a obligației de diligență și prudență, reclamanții vor trebui să dovedească lipsa bunei-credințe (buna-credință este prezumată potrivit art. 14 Cod Civil), lipsa independenței administratorului la momentul luării deciziei, respectiv un conflict de interese, un scop inadecvat al deciziei de afaceri sau intensul contrar societății promovat prin decizia respectivă, iar în absența efectelor de prezumție a regulii din dreptul anglo-saxon, administratorul va trebui să facă proba contrariului.

98. Deși extinderea aplicabilității regulii ca standard de evaluare nu ar întâmpina probleme de ordin procedural sau de corelare a regulii cu dispozițiile dreptului comun¹⁹², se pune întrebarea raționamentului practic al aplicării ei în cazul SRL sau al unui alt tip de societăți de persoane, unde

¹⁹¹ Î.C.C.J., Decizia nr. 564/14.02.2014.

¹⁹² Într-o opinie contrară s-a apreciat că, având în vedere inaplicabilitatea standardului bunului administrator în cazul SRL și a excluderii *de plano* a aplicabilității dispozițiilor SA în materie de SRL, potrivit art. 197 alin. 4 LS, regula judecătii de afaceri nu poate fi extinsă în cazul administratorilor SRL, care nu reprezintă de altfel un model de guvernare corporativă. A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (comentariu la art. 197 din Legea societăților).

asociații majoritari ocupă aproape mereu și funcția administratori, astfel încât dezechilibrul dintre deținătorii puterii și cei ai controlului societății dispare.

O parte a doctrinei exclude posibilitatea discriminării administratorilor celorlalte forme societare de către textul legal și privarea acestora de efectele regulii judecătii de afaceri¹⁹³, o abordare pe care o susținem, astfel încât alegem să contribuim la extinderea doctrinară a acestei reguli în ceea ce privește administratorii tuturor formelor de administrare a societăților. Nu identificăm nicio rațiune pentru care legiuitorul să fi exclus în mod intenționat administratorii altor tipuri de societăți, prin crearea concomitentă a unei diferențieri între statutul acestora în funcție de tipul societății administrate. Totuși, se pune întrebarea fundamentului aplicării acestei reguli în cazul SRL, având în vedere faptul că și obligația de diligență și prudență din art. 144 ind. 1 LS se aplică tot în cazul administratorilor SA. Apreciem că prin aplicarea dispozițiilor din art. 2018 Cod Civil referitoare la obligația de diligență și prudență a mandatarului, analogia obligației de diligență și prudență va putea justifica aplicabilitatea regulii judecătii de afaceri la toate formele societare.

Ne întrebăm dacă raționamentul legiuitorului de a reglementa regula judecătii de afaceri în cadrul capitolului din lege referitor la SA nu a avut în vedere și aceste raționamente de ordin practic, deoarece aplicabilitatea regulii în cazul SRL nu ar afecta *de facto* angajarea răspunderii administratorului, care, prin decizia sa de afaceri a prejudiciat societatea al cărei asociat majoritar este. Pe lângă posibila lipsă de interes în promovarea unei acțiuni în angajarea răspunderii administratorului, riscul în afaceri este asumat de obicei de aceeași persoană care suferă și prejudiciul indirect. Totuși, în cazul în care administratorul SRL nu este în același timp și asociat (majoritar) al societății, apreciem că regula judecătii de afaceri ar trebui să fie aplicabilă pentru motivele expuse.

Un alt motiv expus de doctrină pentru care aplicabilitatea regulii nu ar prezenta o relevanță prea mare în cazul SRL este aprecierea diferită a culpei. În ceea ce privește conduita administratorului SRL, culpa se apreciază conform dreptului comun, respectiv culpa mandatarului cu titlu oneros

¹⁹³ A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 364, pp. 33-34.

prevăzută în art. 2018 Cod Civil¹⁹⁴. În ceea ce privește o extindere jurisprudențială a regulii judecătii de afaceri, până în momentul redactării acestei lucrări nu am identificat nicio decizie¹⁹⁵ a vreunei instanțe din România care să aplice regula judecătii de afaceri în cazul unei decizii de afaceri luate de un administrator al unui SRL.

Analiză obiectivă (*in abstracto*) a unui bun administrator, care răspunde pentru culpa gravă (*culpa lata*) și pentru culpa ușoară (*culpa levis*) este inaplicabilă în cazul SRL, unde, după cum am arătat, se va aplica dreptul comun, respectiv aprecierea culpei mandatarului potrivit art. 2018 Cod Civil, „diligența pe care o manifestă în propriile afaceri”¹⁹⁶.

99. Deși reglementarea obligațiilor fiduciare a fost privită ca o modernizare a guvernantei corporative române¹⁹⁷, o parte a doctrinei a receptat importul regulii judecătii de afaceri într-un mod critic¹⁹⁸. Jurisprudența din alte state membre UE și jurisprudența foarte recentă din dreptul român demonstrează însă că, prin flexibilitatea și eficiența efectelor sale, existența și utilitatea regulii judecătii de afaceri nu mai poate fi negată. Doctrina română a respins inițial această instituție împrumutată din jurisprudența instanțelor din Delaware, în primul rând datorită naturii incerte a regulii în *common law*, a incompatibilității acestei instituții cu sistemul de drept civil și din motive de tradiție juridică. După modificarea succesivă a dispozițiilor legale referitoare la obligațiile fiduciare și la regula judecătii de afaceri, doctrina a început să accepte integrarea acestei instituții, însă cu aceleași rețineri¹⁹⁹, și jurisprudența începe să reflecte una din principalele rațiuni ale acestei reguli, respectiv împiedicarea instanței să se substituie în judecata de afaceri a administratorului rezonabil²⁰⁰.

¹⁹⁴ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la articolul 144 ind.1 din Legea societăților).

¹⁹⁵ Ultima verificare a avut loc în luna decembrie 2018.

¹⁹⁶ Prin interpretarea art. 197 alin. 4 LS, care exclude aplicarea prevederilor SA în cazul SRL în lipsa unei trimeri legale exprese, criteriul bunului administrator prevăzut de Codul Civil nu poate fi extins la SRL, ceea ce ar putea determina și inaplicabilitatea regulii judecătii de afaceri la SRL.

¹⁹⁷ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., *art. precitat supra* 370, p. 34.

¹⁹⁸ A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 283, 363, 364, 365, 366.

¹⁹⁹ A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 364, pp. 26-38.

²⁰⁰ „Instanța de judecată nu trebuie să substituie deciziei administratorilor propriile sale noțiuni potrivit cărora o anumită decizie de afaceri este sau nu oportună, atât timp cât

Considerăm că transplantul legislativ al regulii judecătii de afaceri nu trebuie să reprezinte o mutare perfectă din *common law* în sistemul de drept civil²⁰¹, strategie care nu ar fi doar imposibilă, dar și ineficientă. Jurisprudența de drept continental și-a spus cuvântul, susținută și încurajată de doctrina din numeroase state membre, dintre care menționăm Germania, Portugalia, Grecia și Republica Cehă, Spania și Italia. Efectele pozitive ale armonizării europene, simplificarea numeroaselor proceduri din toate ramurile dreptului și sutele de mecanisme de cooperare judiciară între diferite instituții ale statelor membre, ca efect sau cu obiectivul amplificării armonizării legislației europene, demonstrează că de la primele mențiuni doctrinare ale regulii până în prezent, reticența față de primirea regulii judecătii de afaceri în dreptul român s-a estompat. Apreciem că în versiunea actuală, regula a fost adaptată treptat, încorporată și raportată doctrinar la alte dispoziții legale și prin studiul doctrinei actuale, apreciem că aceasta va fi din ce în ce mai bine receptată și acceptată²⁰².

După cum vom demonstra în capitolul III, nici transplantul doctrinei oportunității de afaceri nu poate avea loc ca o simplă mutare și absorbire, această instituție fiind, la fel ca regula judecătii de afaceri, adaptată în alte sisteme de drept, precum cel francez sau cel german, la contextul legislativ, la structurile procedurale și la cultura juridică tradițională. În caz contrar, am demonstrat prin exemple de speță că jurisprudența va opune rezistență unor importuri legale prea exotice pentru instituțiile clasice de drept privat, iar soluțiile pronunțate vor bloca dezvoltarea jurisprudenței. Nu toate importurile unor instituții de *common law* în dreptul continental reprezintă neapărat importuri legislative *per se*, ci anumite instituții au fost încorporate în sistemele juridice și în legislația națională, conform tradiției juridice și în ritmul caracteristic fiecărui stat și cu considerarea piețelor de afaceri relevante. Am exemplificat pe parcursul lucrării importuri de succes în alte state europene, precum obligațiile fiduciare, oportunitățile de afaceri,

conducerea societății a acționat pe baza unor informații adecvate, cu bună-credință și cu convingerea onestă că acțiunea întreprinsă este întru totul în interesul persoanei juridice, fără a implica vreun interes personal al administratorului”, C. Ap. Timișoara, sect. com., Decizia nr. 64/2010, citată de Terzea, V., *op. cit. supra* 142 (Comentariu la art. 2271 Cod Civil).

²⁰¹ A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 366, p. 204.

²⁰² A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 365, p. 81.

standardele de evaluare sau interpretări jurisprudențiale. Provocările transplantelor juridice pot fi cu atât mai nuanțate, cu cât în sistemul de drept civil, jurisprudența nu reprezintă un izvor principal de drept, însă practica judiciară este determinantă pentru schimbările care pot fi absorbite treptat de instanțe și de participanții la actul de justiție. Apreciem că nu reglementarea în sine a regulii reprezintă un obstacol în calea aplicării acesteia, ci adaptarea jurisprudențială a acesteia, crearea unui cadru legal clar și unitar de aplicare a regulii de către instanțele de judecată și a unor directive clare a înțelegerii unei instituții transpuse dintr-un sistem de drept diferit. Dacă practica românească va reuși să susțină această absorbție, iar premisele jurisprudențiale și doctrinare sunt optimiste în acest sens, rolul administratorilor va fi unul de asumare a riscurilor prudente și o veritabilă expresie a capacității lor de a adopta decizii și de a le implementa.

100. O ultimă idee menționată în doctrină, pe care dorim să o analizăm, este utilitatea redusă a regulii judecătii de afaceri în dreptul român, având în vedere preexistența pârghiilor de angajare a răspunderii mandatarului pentru încălcarea diligenței și prudenței, prevăzute de dreptul comun²⁰³ și lipsa unei jurisprudențe bogate în primii cinci ani după adoptarea regulii.

Apreciem că reglementarea expresă a regulii nu face decât să întărească, să calibreze și să extindă eficiența acțiunii în recuperarea prejudiciilor pentru erorile de administrare ale mandatarilor sociali. Am arătat că reglementarea germană a regulii este aproape identică cu mecanismul instituit de dreptul român, respectiv standardul de evaluare este acela al unui profesionist diligent și prudent în îndeplinirea mandatului cu titlu oneros, iar sarcina probei nu se răstoarnă după îndeplinirea condițiilor legale. În primul rând, prin codificarea regulii, se subliniază natura obligației de mijloc a mandatarului social și se încurajează asumarea riscului de afaceri prudent. În al doilea rând, se clarifică imperativul evitării angajării răspunderii administratorilor în lipsa culpei grave, nu doar în cazul SRL, dar și în cazul SA, prin includerea regulii în capitolul IV al Legii societăților, destinat SA. Această codificare contribuie la crearea unei culturi de responsabilizare a administratorilor și de conștientizare a acționarilor/

²⁰³ *Idem*, pp. 89, 91.

asociaților care vor fi mereu tentați să apeleze la pârgăria revocării administratorului pentru erorile de administrare, în locul analizei contextuale și circumstanțiale a deciziei și strategiilor pentru care aceștia au optat.

101. Observăm că aceeași obligație de diligență și prudență a fost preluată de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (LPPII), în art. 182 alin. 1, iar alin. 3 al aceluiași articol reglementează o varietate a regulii judecătii de afaceri aplicabilă administratorului/lichidatorului judiciar, care, dacă „acționează cu bună-credință, în limitele atribuțiilor prevăzute de lege și a informațiilor disponibile, nu poate fi tras la răspundere pentru actele procesuale efectuate ori pentru conținutul înscrisurilor întocmite în cadrul procedurii”. Apreciem că interpretarea acestei prevederi ar fi mai oportună ca o cauză justificativă, iar nu ca o veritabilă regulă a judecătii de afaceri, în primul rând deoarece formularea legală este corelată cu buna-credință, iar nu cu obligația de diligență și prudență. În al doilea rând, apreciem că regula judecătii de afaceri este strâns legată de prima condiție a aplicării obligației de diligență și prudență, respectiv existența unei decizii de afaceri, ori nu asimilăm actele procesuale ale practicienilor în insolvență ca fiind veritabile decizii de afaceri, astfel încât privim această reglementare inovativă ca pe o cauză justificativă în angajarea răspunderii administratorului sau a lichidatorului judiciar.

102. Am arătat că manifestarea predominantă a regulii judecătii de afaceri în jurisprudența de *common law* este standardul de evaluare a conduitei administratorului, care invită instanța să efectueze o evaluare obiectivă, dar limitată a deciziei de afaceri dedusă judecătii, și doctrina abstențiunii. Doctrina română apreciază că în prezenta etapă timpurie a jurisprudenței române referitoare la regula judecătii de afaceri, „legea română s-a raliat doctrinei abstențiunii”²⁰⁴. Justificarea este aceea că, în aplicarea textelor legale care reglementează acțiunea în răspunderea administratorului, mai precis, prin interpretarea art. 155 alin. 1 LS, instanța nu va putea examina conținutul, calitatea sau rațiunea unei decizii de afaceri, ci doar îndeplinirea obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate. Dacă instanțele ar aplica regula ca pe o doctrină a abstențiunii, ne-am alătura criticilor doctrinari care menționează reglementarea neclară și

²⁰⁴ A se vedea Prescure, T., Schiau, I., *op. cit. supra* 380.

lacunară a regulii, dar și imposibilitatea receptării acesteia pe fondul tradiției și culturii juridice. Doctrina abstențiunii presupune evitarea cenzurării judiciare a deciziei de afaceri și efectuarea unei evaluări superficiale a stării de fapt. Ori, din numeroasele exemple studiate, apreciem ca evident faptul că instanțele române aplică regula ca pe un standard de evaluare obiectiv, prin verificarea condițiilor răspunderii civile delictuale sau contractuale.

Lipsa unei jurisprudențe bogate determină și lipsa unei doctrine cuprinzătoare a acestei analize, însă apreciem că nici codificarea declarativă a regulii nu ghidează instanțele spre o interpretare a acestei instituții. Încrederea tot mai largă conferită administratorilor se observă aproape la fiecare modificare a legislației societare. Totuși, este evident că potrivit normelor procedurale actuale, nicio instanță din România nu va putea aplica doctrina abstențiunii. În lipsa unui cadru procesual civil care să permită aplicarea doctrinei într-o cauză, aceasta nu își va putea produce efectele în momentul invocării ei. Potrivit dispozițiilor art. 144 ind. 1 LS, ar rezulta faptul că instanța ar trebui să verifice anumite condiții pentru aplicarea regulii²⁰⁵. Se va identifica în primul rând, existența unei decizii de afaceri, judecata de afaceri a administratorului, respectiv raționamentele avute în vedere în contextul procesului decizional și informarea adecvată a acestuia, anterioară adoptării deciziei, așadar aceleași condiții expuse în prima secțiune și împrumutate din jurisprudența din Delaware.

103. Reticența aplicării regulii judecătii de afaceri ca standard al evaluării sau ca abstențiune a instanțelor de a intra în cercetarea conținutului deciziilor de afaceri nu este conferită doar de lipsa unui cadru procesual civil adecvat, ci este determinată și de diferențele culturale dintre sistemele de drept. Deși dreptul român tinde spre augmentarea încrederii în capacitățile decizionale ale administratorului, societatea, mediul juridic și mai ales investitorii, au nevoie de timp pentru a se adapta la noile implicații ale puterii judecătorești. Instanța nu mai este sesizată pentru a se pronunța asupra utilității sau a oportunității unui act de gestiune, ci doar asupra respectării interesului superior al societății în urma unei decizii de afaceri.

Apreciem că legiuitorul și-a exprimat deja voința clară de a reglementa răspunderea administratorului pentru *culpa levis in abstracto*,

²⁰⁵ A se vedea Catană, R. N., art. precitat supra 135, pp. 192-193.

neglijență sau imprudență. Considerăm că pentru o aplicare corectă și unitară a regulii judecătii de afaceri, pentru a elimina orice urmă de îndoială cu privire la rolul judecătorului și pentru a conferi predictibilitate cu privire la riscurile „permise” ale unei decizii de afaceri, legea ar trebui să sugereze preferința pentru una dintre modalitățile de aplicare a regulii. O evoluție permisivă a legii și a jurisprudenței ar încuraja riscul comercial rațional și ar spori totodată încrederea celor care dețin societatea în persoanele care o controlează, ceea ce reprezintă un alt nivel al eficientizării cadrului legal actual. Subliniem faptul că o reglementare excesiv de tehnică a modalităților de aplicare a regulii judecătii de afaceri ar denatura însăși esența acesteia. Dreptul societar din România este impregnat de importuri legislative din alte state membre ale Uniunii Europene și de ușoare influențe ale dreptului corporativ american, dar se inspiră adesea și din realitățile pieței și din jurisprudența de dreptul societăților. Apreciem că lipsa creativității legiferării din România nu reprezintă o deficiență sau un obstacol în calea evoluției, ci o opțiune a legiuitorului de a nu șoca piața și de a menține codificările încetățenite în comportamentul comercial de pe piața autohtonă, completate cu anumite transplante legislative. Prin aceasta, România se înscrie în graficul european și reglementarea simplă, dar comprehensivă a regulii judecătii de afaceri nu trebuie privită cu scepticism.

Apreciem astfel că nu reglementarea în sine a regulii reprezintă un obstacol în calea aplicării acesteia. Crearea unui cadru legal clar și unitar de aplicare a regulii de către instanțele de judecată prin crearea unor directive clare pentru înțelegerea unei instituții transpuse dintr-un sistem de drept complet diferit și atribuirea sarcinii probei potrivit scopului acestei instituții, va susține transformarea rolului administratorilor spre o funcție cu un rol decizional categoric, cu o capacitate de a adopta în mod independent decizii și de a le implementa.

104. Unul dintre primele exemple care ilustrează aplicarea regulii judecătii de afaceri este Decizia nr. 2827/27.10.2011, pronunțată în recurs de Secția comercială a Înaltei Curți de Casație și Justiție, având ca obiect angajarea răspunderii patrimoniale a unui administrator societar. Instanța Supremă a reiterat interpretarea dispozițiilor art. 144 ind. 1 LS în sensul în care textul legal protejează acționarii doar contra neglijenței și a fraudei, nu

și contra riscurilor inerente ale afacerilor, când o decizie de afaceri luată cu bună-credință se poate transforma în eșec. În acest sens, Înalta Curte a mai precizat că atât timp cât „discernământul administratorului nu este afectat de o miză personală, este informat corespunzător în legătură cu natura afacerii și convins că hotărârile luate sunt în interesul societății, atunci administratorul este exonerat de răspundere”.

În urma studiului jurisprudențial efectuat, am observat că în descrierea comportamentului ideal încălcat de administratorul pârât, în mod eronat, instanțele sau Curțile de Arbitraj rețin cumulat obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate, în ciuda faptului că în cazul unui conflict de interese tipic, este evident că se încalcă doar obligația de loialitate²⁰⁶. În special în jurisprudența timpurie, am sesizat unele confuzii între cele două obligații fiduciare reglementate sau reținerea cumulată a încălcării acestora. Printr-o decizie pronunțată tot de Instanța Supremă²⁰⁷, s-a menținut legalitatea deciziei consiliului Băncii Naționale a României, care a ordonat retragerea autorizației acordate recurentului pentru deținerea funcției de membru al consiliului de administrație al unei bănci comerciale²⁰⁸. Sancționarea a intervenit, printre altele, și ca urmare a neîndeplinirii atribuțiilor prevăzute de art. 144 ind. 1 alin. 1 și 4, art. 144 ind. 3 alin. 1 LS, respectiv pentru încălcarea obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate. Instanța a reținut că administratorul a votat în favoarea acordării unor credite avantajoase unei societăți în care deținea 49% din capital și unde era de asemenea membru al consiliului de administrație. Înalta Curte a menținut decizia primei instanțe și a apreciat că prin această faptă, administratorul a încălcat atât obligația de diligență și prudență, cât și obligația de loialitate, fiind „evident că recurentul, în calitate de administrator/acționar era interesat ca societățile în cauză să obțină credite

²⁰⁶ Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, Hotărârea nr. 6/02.11.2017, pentru comentariu, a se vedea Călin, D., *art. precitat supra* 188, p. 164; Trib. Arad, Decizia nr. 98/15.01.2014.

²⁰⁷ Î.C.C.J., secț. cont. adm. și fisc., Decizia nr. 2907/19.05.2011, în *Pandectele Române* nr. 3/2012.

²⁰⁸ Potrivit art. 108 alin. 1 și 3 din OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, persoanele desemnate să exercite responsabilități de administrare și de conducere operativă a unei instituții de credit trebuie să fie aprobate de B.N.R. înainte de începerea exercitării responsabilităților.

cât mai ieftine, avantajoase, iar pe de altă parte instituția de credit era/trebuia să fie interesată să acorde credite în condiții de prudențialitate, profitabile și acoperite cu garanții corespunzătoare”.

Instanța Supremă a respins recursul formulat de către administrator prin aplicarea dispozițiilor referitoare la ambele obligațiile fiduciare, însă potrivit stării de fapt reținute de către instanță și a motivării soluției, apreciem că ar fi fost mai potrivită reținerea încălcării obligației de loialitate, și nu a încălcării obligației de diligență și prudență. Instanța a reținut și conflictul de interese, acesta fiind o încălcare tipică a obligației de loialitate și nu a obligației de diligență și prudență, iar existența unui conflict de interese exclude *ab initio* aplicarea regulii judecătii de afaceri. Deși confuzia instanței nu a avut efecte asupra angajării efective a răspunderii administratorului, apreciem că delimitarea celor două obligații fiduciare ar fi dezirabilă în jurisprudență. În prezenta reglementare legală, delimitarea celor două obligații fiduciare nu are o importanță pur teoretică, având în vedere diferențele dintre probarea unei obligații de mijloace și a unei obligații de rezultat. În plus, în cazul obligației de diligență și prudență, răspunderea poate fi înlăturată sau limitată prin cauze de înlăturare a răspunderii, după cum vom expune în capitolul următor.

105. Există situații în care, printr-o conduită continuu necorespunzătoare, se va atrage răspunderea administratorului atât pentru încălcarea obligației de diligență și prudență, cât și pentru încălcarea obligației de loialitate. Menționăm că în jurisprudența de drept comparat, instanțele rețin în cazuri similare încălcarea bunei-credințe și a obligației de diligență și prudență. În cazul administratorului unei societăți care avea ca obiect de activitate comerțul cu bovine, s-a constatat întocmirea nelegală a notelor de recepție în urma achiziției de animale, „evidențierea și inventarierea incorectă a stocurilor de furaje, ceea ce a dus la aprovizionarea incorectă a societății și la costuri nejustificate cu achiziții de materie primă”, înregistrarea nelegală și fără documente justificative a unor cheltuieli de protocol și de transport, „cheltuieli cu amenzi, majorări, penalități în valoare de 28.751,75 lei pentru care nu a întreprins nici un fel de cercetări pentru a identifica persoanele responsabile și imputarea acestora”²⁰⁹. În acest caz,

²⁰⁹ C. Ap. Alba Iulia, Decizia nr. 194/12.04.2017.

prejudiciul în sumă de aproape 800.000 lei a fost imputat pârâtului în totalitate.

Jurisprudența în materia obligațiilor fiduciare este însă tânără în România. În ciuda unor soluții răsfirate de la reglementarea acestora și până în anul 2010, începând cu anul 2013 am remarcat numeroase decizii pronunțate în baza art. 144 ind. 1 și 2 LS. Acestea privesc preponderent conflicte de interesele clasice, respectiv contracte încheiate de administrator cu societăți la care este afiliat sau în care sunt interesați membrii familiei sale. În primul caz, instanța analizează în mod foarte temeinic interesele apărute de administrator în diferitele sale calități și se așteaptă ca reclamantii să răstoarne prezumția de bună-credință a administratorului. Constatăm că în aproximativ jumătate din cazuri, instanța nu a angajat răspunderea administratorului în cazul dublei reprezentări, prezumția de bună-credință nefiind răsturnată.

106. În versiunea actuală, regula judecății de afaceri a fost adaptată dreptat în dreptul societar român, incorporată și raportată la alte dispoziții legale, și prin studiul jurisprudenței actuale, considerăm că aceasta va fi din ce în ce mai bine receptată. Între anii 2016-2018 se observă o creștere exponențială a jurisprudenței aplicative a regulii judecății de afaceri. Din cele 38 de decizii studiate²¹⁰, în jur de 80% au fost pronunțate de Curțile de Apel Cluj, Arad, Timișoara și Alba. Am observat că regula judecății de afaceri nu este invocată de către instanță din oficiu, ci în general de către administratorii pârâți prin întâmpinare. Regula este cel mai adesea aplicată în legătură cu decizii de afaceri de asumare a unui risc de investiții sau de alegere a partenerilor contractuali, și aproape niciodată referitor la o strategie de afaceri greșită. În urma studiului jurisprudențial, nu am identificat nicio decizie prin care societatea reclamantă să fi obținut despăgubiri pentru câștigul nerealizat de societate datorită conduitei necorespunzătoare.

²¹⁰ În urma cercetării efectuate în bazele de date publice și prin studiul altor decizii pronunțate de Tribunal, Curte de Apel sau Î.C.C.J., la care am avut acces, până în luna decembrie 2018 am identificat 38 de decizii în care instanțele române au aplicat sau au menționat ca inaplicabilă regula judecății de afaceri, dintre care 24 de acțiuni promovate în răspunderea administratorilor pentru încălcarea obligației de diligență și prudență au fost respinse în urma aplicării regulii.

5.5. *Propunere de interpretare a regulii judecătii de afaceri în dreptul român*

107. Versiunea germană a regulii judecătii de afaceri este o transpunere fidelă a expresiilor utilizate de Institutul American de Drept în formularea Principiilor Guvernanței Corporative. Totuși, efectele aplicării acestei reguli în instanțele germane denaturează obiectivul regulii ca standard de evaluare și se îndepărtează de la teoria clasică, sarcina probei aparținând întotdeauna reclamanților, iar administratorul nu se bucură de o prezumție de diligență și prudență. În ceea ce privește aplicarea actuală a regulii judecătii de afaceri în jurisprudența română, observăm două aspecte.

În primul rând, prin formularea unei acțiuni în răspunderea administratorului de către societate sau de către acționarii minoritari, în lipsa unei dispoziții legale contrare, sarcina probei *prima facie* va aparține reclamantului, ca în orice litigiu de drept civil, deci în aceeași configurație ca și în sistemul german.

În al doilea rând, spre deosebire de formularea originală din Delaware, regula judecătii de afaceri nu instituie o prezumție de diligență și prudență a administratorului. Dimpotrivă, am arătat că potrivit jurisprudenței actuale, criteriul diligenței unui *bonus pater familias* se aplică cu mai multă rigurozitate în litigiile cu profesioniștii, nivelul exigențelor este sporit, iar culpa administratorului este prezumată. Această prezumție este susținută de argumentul că, fiind o răspundere contractuală, care decurge din neîndeplinirea unor standarde de performanță, culpa este prezumată. Nu doar că nu există o prezumție de diligență și prudență, dar legea instituie uneori chiar și o prezumție de fraudă a administratorului în dauna societății, spre exemplu în art. 122 alin. 3 LPPII. Am arătat că unul dintre obiectivele și efectele primare ale regulii este răsturnarea sarcinii probei, în cazul în care reclamantul nu face dovada inițială a încălcării diligenței și prudenței sau a lipsei bunei-credințe. Având în vedere natura obligației de diligență și prudență ca fiind o obligație de mijloace, încălcarea acesteia trebuie dovedită în toate cazurile, respectiv faptul că mandatarul nu a depus eforturile necesare și rezonabil posibile pentru îndeplinirea obiectivelor și a rezultatelor promise. Dacă însă reclamantul face această dovadă, sarcina probei ar trebui să se răstoarne, iar administratorul să fie obligat să

dovedească îndeplinirea obligației de mijloc. Mecanismul răsturnării sarcinii probei este justificat de argumente de fond și de procedură.

Argumentul de fond al răsturnării sarcinii probei este răsturnarea prezumției de diligență și prudență, de natura acestei obligații și nepreluată de dreptul român. În dreptul român, obligația de loialitate este în mod inechivoc absorbită de buna-credință, care este prezumată, însă îndeplinirea sau încălcarea obligației de diligență și prudență, care include de asemenea elemente de bună-credință, va trebui dovedită. Având în vedere pârghia pe care legiuitorul a oferit-o în reglementarea bunei-credințe, respectiv prezumția existenței acesteia în conduita fiduciară, ne întrebăm dacă această prezumție ar putea fi extinsă ca prezumție a obligației de diligență și prudență a conduitei administratorului societar, și pe cale de consecință, utilizată ca premisă a regulii. În această manieră, jurisprudența ar conferi regulii efectul ei primar și administratorii de bună-credință ar beneficia de avantajele pe care le conferă această regulă propusă în jurisprudența care a creat-o. Odată răsturnată prezumția de diligență și prudență, se va răsturna și sarcina probei.

Fundamentul procedural al răsturnării sarcinii probei este art. 22 Cod Procedură Civilă, care consacră rolul activ al judecătorului în aflarea adevărului. Deși nu am identificat în dreptul privat român alte situații în care sarcina probei reclamantului să fie răsturnată sau ușurată în cazul încălcării unei obligații de mijloace, art. 208 Cod Procedură Civilă prevede obligativitatea depunerii întâmpinării în toate situațiile în afară de cazurile în care legea prevede în mod expres altfel. În lipsa mecanismului de instituire a prezumției de diligență și prudență și a răsturnării corelative a sarcinii probei în cazul neîndeplinirii condițiilor regulii, în afară de riscul *probatio diabolica*, regula este privată de efectul ei primar și de avantajele pe care le conferă administratorului diligent și prudent și de bună-credință și societății prejudiciate.

Apreciem totuși că privarea regulii judecății de afaceri de unul dintre efectele sale nu reprezintă o invalidare a acesteia și nici nu demonstrează inutilitatea instituției în dreptul român. Chiar dacă jurisprudența nu va fi de la început deschisă instituirii unei prezumții de diligență și răsturnării sarcinii probei în lipsa unei norme procedurale exprese, prin efectul aplicării textului legal și al verificării condițiilor regulii, administratorul de bună-

credință nu va putea fi obligat să repare prejudiciul cauzat societății. Acest prejudiciu rămâne să fie suportat de societatea în numele și pe seama căreia el a luat decizia de afaceri. Consecințele datorate unor erori de administrare vor fi suportate de acționarii sau asociații care și-au asumat riscul de afaceri și au renunțat la o parte din puterea lor, respectiv la elementul de control.

108. În ceea ce privește efectele regulii judecății de afaceri, aderăm astfel opiniei de *common law* care consideră ca principale consecințe ale aplicabilității regulii, instituirea prezumției de diligență și prudență a administratorului în luarea deciziei de afaceri respective și răsturnarea sarcinii probei în cazul neîndeplinirii condițiilor regulii. Înlăturarea răspunderii administratorului pentru prejudiciile cauzate de deciziile sale de afaceri nu ar reprezenta în viziunea noastră un efect direct, ci, în urma aplicării regulii, efectul este ineficacitatea normelor juridice referitoare la răspundere (Figura 2), aspect pe care îl vom detalia în ultimul capitol.

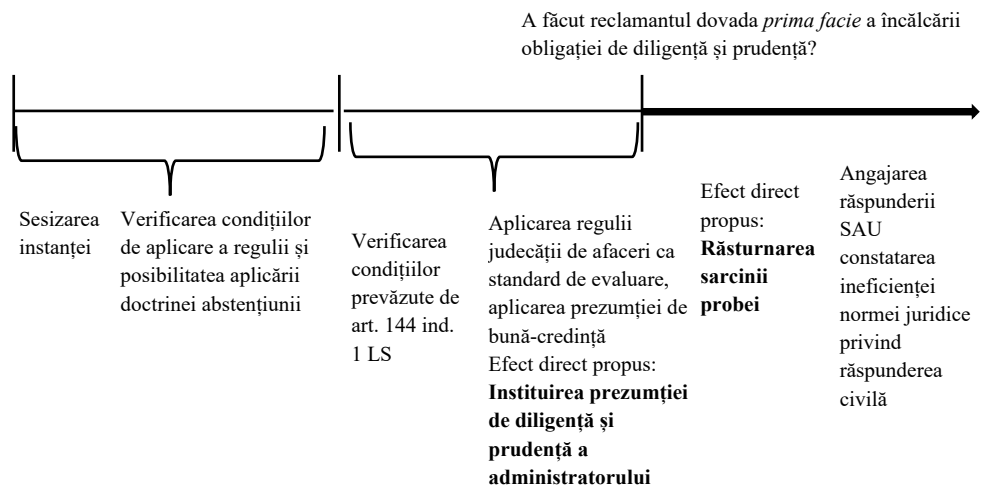


Figura 2. Propunere pentru aplicarea regulii judecății de afaceri în dreptul român

Având în vedere natura obligației de mijloace a obligației de diligență și prudență și analogia cu prezumția legală de îndeplinire a bunei-credințe (și implicit obligației de loialitate), apreciem că instituirea prezumției de diligență și prudență pentru aplicarea regulii judecății de afaceri în dreptul român nu este doar dezirabilă, ci și posibilă în contextul legislativ actual. Acest mecanism este facil de implementat potrivit Figurii 2, respectiv instituirea prezumției că administratorul a acționat în mod rezonabil,

informat, cu bună-credință și în convingerea onestă că acțiunea întreprinsă a fost în cel mai bun interes al societății, ca efect imediat al constatării aplicabilității regulii.

6. Remarci conclusive

109. Obligația de diligență și prudență este o componentă dinamică a dreptului societar, aflată în continuă reinterpretație. Reversul acesteia, standardul de evaluare, prin regula judecății de afaceri, reprezintă justificarea cea mai solidă a protecției corespunzătoare a administratorilor și fundamentul împiedicării angajării disproporționate a răspunderii pentru erorile comise.

Administratorii sunt supuși regulii de drept comun potrivit căreia, dacă o persoană își asumă un rol a cărui executare implică riscul prejudicierii altor persoane, aceasta are obligația morală și legală de a-și exercita rolul cu diligență și prudență. În exercitarea acestui rol, administratorul poate comite fapte prin care aduce prejudicii societății, fapte care pot consta în decizii inadecvate, contracte păguboase, îndeplinirea defectuoasă a unor îndatoriri care îi revin potrivit contractului de administrare, a hotărârilor acționarilor, a actului constitutiv al societății sau potrivit legii. Criteriul definitoriu pentru aprecierea conduitei culpabile este analiza circumstanțelor în care administratorul a adoptat decizia de afaceri.

Obligațiile fiduciare care incumbă administratorului îi impun, pe de o parte, obligația de a risca în interesul mandantului, iar pe de altă parte, orice risc asumat poate fi urmat de plata unor compensații enorme. Din această perspectivă, operațiunile efectuate în temeiul obligațiilor fiduciare devin unele intuitive, crearea unui model de conduită și de adoptare a deciziilor general valabil pentru administratori fiind imposibilă. În contextul complex al lumii afacerilor, descrierea exhaustivă a obligațiilor este practic imposibil de prevăzut de lege, de acționari sau de administrator însuși. Acesta este principalul motiv pentru care legiuitorul român a recurs la dispozițiile care guvernează contractul de mandat, care prin vastitatea sa surprinde nu doar natura, ci și esența obligațiilor fiduciare.

Simbolul democrației acționariale, reprezentat de prerogativa angajării răspunderii administratorilor, este modernizat în contextul globalizării și

este asimilat de legislația din România prin preluarea fidelă a regulii judecătii de afaceri, de origine anglo-saxonă, adoptată de majoritatea statelor Europei continentale. Această adaptare a guvernantei corporative a fost în prima etapă un șoc pentru tradiția și cultura juridică română, prin introducerea unei instituții care blochează angajarea răspunderii unei persoane a cărei faptă îndeplinește condițiile prevăzute pentru angajarea răspunderii civile delictuale sau contractuale. În acest context, nu doar culpa capătă o nouă valoare, dar abordarea sistemului procedural civil devine diferită prin prisma necesităților de asimilare a noilor instituții și a nevoii de a crea un cadru adecvat aplicării acestora fără denaturarea esenței sau a efectelor lor.

În dreptul român, trăsăturile contractului de administrare se desprind din dispozițiile dreptului comun referitoare la administrarea bunurilor altuia, gestiunea de afaceri, contractul de mandat și regulile general aplicabile contractelor, însă regulile privitoare la administrarea bunului altuia nu sunt aplicabile în mod direct administratorului societar. Convergența modelelor și sistemelor de guvernare europene și internaționale a influențat și legislația din România spre o reglementare eficientă și modernă, a cărei perfecționare este însă încetinită de diferențele culturale evidente, mai ales în termeni de structură. Cu respectarea principiului *lex specialis derogat legi generali*, Codul Civil 2011 permite o interpretare flexibilă a conduitei generale și a deciziilor unui administrator societar și datorită normelor de trimitere a Legii Societăților la regulile de guvernare ale contractului de mandat.

Încrederea specifică relației fiduciare este reflectată prin modificările succesive ale Legii societăților și prin crearea unui cadru vast de interpretare prin prevederile referitoare la contractul de mandat. Aceste norme au nu doar funcția de protecție internă și de prevenire, ci și funcția externă de a proteja terții care încheie afaceri cu cei care se obligă fiduciar. Apreciem că eficiența decizională într-o societate poate fi asigurată exclusiv prin păstrarea puterii decizionale și a autorității consiliului de administrație și evitarea distorsionării acesteia sub pretextul examinării judecătorești. Regula judecătii de afaceri prezintă astfel o importanță deosebită, deoarece constituie un mecanism

esențial pentru identificarea intențiilor administratorilor și a analizei conduitei acestora, pentru a determina dacă ei au respectat esența funcției care le-a fost încredințată.

Am arătat că interpretarea regulii ca pe un standard de evaluare este cea mai potrivită abordare, care facilitează determinarea oportunității angajării răspunderii unui administrator prin efectuarea unei analize judiciare limitate. Potrivit acestui model, reclamantul are sarcina dovedirii existenței unei condiții care descalifică aplicarea regulii. Din punctul nostru de vedere, efectul acestei aplicări va fi răsturnarea sarcinii probei și, concomitent, instituirea prezumției de diligență și prudență. Dacă instanțele privesc regula judecății de afaceri ca pe o barieră profilactică în calea tentației de a examina substanța unei decizii de afaceri, prin doctrina abstențiunii, nu se va mai analiza dacă un consiliu de administrație a exercitat într-adevăr diligență și prudență rezonabilă.

După cum am observat, disciplinarea administratorilor de către acționari este doar una dintre constrângerile extra-judiciare care, în ansamblul lor, impun administratorilor derularea procesului decizional cu diligență și prudență. Într-adevăr, aceste forțe nu elimină posibilitatea erorilor administrației. În mod evident, administratorii vor greși din când în când. Însă tocmai acest tip de eroare este cel care ar trebui să ocolească analiza instanțelor în cadrul unui litigiu comercial tradițional. Revista Americană *Bloomberg Business Week* a menționat în septembrie 1986, că poziția de administrator va deveni „un job pe care nu îl va mai dori nimeni”. Apreciem că după mai mult de 30 de ani, acest scenariu este improbabil datorită modernizării globale a dreptului societăților și a adaptării legislațiilor la piețele financiare.

Consolidarea răspunderii administratorilor nu trebuie să aibă loc într-o structură armonizată de reguli în toate statele membre ale Uniunii Europene. Trăsăturile comune ale abordărilor statelor membre în reglementarea obligațiilor administratorilor se datorează, în cea mai mare parte, provocărilor juridice și economice comune ale lor și abordate individual de dreptul societar, cu luarea în considerare a generozității influențelor americane. Am arătat numeroase similitudini între reglementările obligației de diligență și prudență din jurisdicțiile de drept

continental. Standardul diligenței și prudenței prezintă elemente asemănătoare, însă nu reprezintă o instituție armonizată, reglementările de drept comun se intersectează cu dispozițiile de drept societar, deși răspunderea pentru încălcarea obligației de diligență și prudență nu este reglementată în majoritatea statelor. Aceste lacune legislative au ca efect aplicarea neuniformă a regulii judecății de afaceri și absența răsturnării sarcinii probei.

În prezent, lipsa reglementării regulii judecății de afaceri rămâne o chestiune de principiu în statele membre, datorită tradițiilor juridice și culturale care îngreunează crearea unei jurisprudențe extinse. În plus, implementarea obligatorie și uniformă a unei reguli construite de *common law* în sistemul de drept civil este privită ca un pas riscant, deoarece în dreptul continental, administratorii nu au aceeași obligație clară și puternică de a maximiza averea acționarilor, precum în Statele Unite.

CAPITOLUL III.

Obligația de loialitate

1. Considerații introductive

110. Dreptul societar modern este fundamentat pe concepte bogate în valențe morale, a căror interpretare în prezent îmbină noțiunile tradiționale cu abordările guvernantei corporative moderne și globalizate. Noțiunile fundamentale de diligență și prudență, de loialitate și de bună-credință poartă o încărcătură profund socială, filosofică și literară în afara contextului guvernantei corporative, care este îmbogățită cu valorile morale de esența relațiilor fiduciare din dreptul civil. În ciuda vastității înțelesului loialității, conținutul acestei obligații fiduciare a administratorilor societari este adesea umplut sau definit de jurisprudență, ceea ce poate fie să limiteze, fie să îmbogățească aplicarea acestei noțiuni. Jurisprudența recentă de dreptul afacerilor demonstrează o ușoară deviere a noțiunii de la înțelesul clasic din dreptul civil și din limbajul uzual, fiind adesea confundată sau inclusă în instituția bunei-credințe.

În ultimul deceniu al secolului XX, obligația de loialitate s-a bucurat de o atenție deosebită în doctrina și jurisprudența anglo-saxonă. Tendința a fost urmată de doctrina de drept continental, datorită dinamicii loialității în contextul declinului interesului pentru obligația de diligență și prudență, care a monopolizat doctrina și jurisprudența în prima parte a secolului XX, în special prin analiza exhaustivă a regulii judecătii de afaceri.

Prezentul capitol își propune să analizeze trăsăturile obligației de loialitate, pe care o privim ca fiind nucleul obligațiilor fiduciare datorate de un administrator, și amplitudinea acesteia, prin identificarea și studierea elementelor care o compun. Obligația de loialitate a fost privită inițial prin prisma înțelesului ei din limbajul uzual, percepția s-a deplasat apoi spre

confluența elementelor de drept și microeconomice, căpătând în prezent puternice nuanțe ale normelor sociale și civice¹ care sunt internalizate în conduita model a guvernantei corporative.

Vom examina conturul obligației de loialitate, în lipsa stabilirii legale a limitelor clare ale acesteia în vreun sistem de drept. Studiul va revela că tiparul acestei obligații reiese cu claritate din jurisprudența evolutivă din ultima jumătate de secol și din viziunile filosofice disparate, de la viziunea minimalistă a loialității, respectiv „lipsa trădării”, spre dimensiunea mai amplă, respectiv „devotamentul activ”².

Suprapunerile dintre obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență sunt inevitabile în practica guvernantei corporative actuale. Componenta devotamentului din cadrul obligației de loialitate se intersectează cu diligența din conținutul obligației de diligență și prudență, complicând eforturile doctrinei și ale jurisprudenței de a diferenția între aceste noțiuni fundamentale. Această intercalare ereditară a obligațiilor fiduciare tradiționale ridică întrebarea necesității sau actualității triadei obligațiilor fiduciare consacrate de jurisprudența din Delaware și exportată cu succes în dreptul continental. Importanța acestei triade rezidă în semnificația aparte a fiecăreia dintre obligațiile fiduciare consacrate, a moralității care caracterizează dreptul societăților și care tratează administratorii ca fiind actori maturi de o moralitate desăvârșită, și nu funcționari economici uni-dimensional³.

Obiectivul capitolului este reliefaarea tiparului acestei obligații din jurisprudența evolutivă, de la începutul confluențelor elementelor de drept și microeconomice, cu evidențierea nuanțelor normelor sociale și morale din prezent. Diferite exemple de speță contribuie la identificarea suprapunerilor dintre loialitate și bună-credință, precum și a conflictului dintre aplicabilitatea obligației de diligență și prudență și a loialității. În ultima parte, ne-am propus o analiză comparativă a obligației fiduciare de loialitate

¹ Eisenberg, M. A.: *Corporate Law and Social Norms*, Columbia Law Review nr. 99/1999, p. 1252 și Ellickson, R.: *Law and Economics Discovers Social Norms*, Journal of Legal Studies nr. 27, Chicago, 1998, p. 537.

² Johnson, L.: *After Enron: Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law*, Delaware Journal for Corporate Law nr. 28, Delaware, 2003.

³ A se vedea Johnson, L., art. precitat supra 406, p. 5.

în jurisdicțiile europene, a reglementărilor naționale exprese ori a expresiilor de recunoaștere jurisprudențială a instituției împrumutate din dreptul anglo-saxon. Vom parcurge evoluția interpretării loialității în dreptul continental și vom analiza studiile recente la nivel european, care extind câmpul de aplicare a loialității cu domenii noi, precum protecția datelor personale sau eficiența resurselor naturale consumate de societate.

Funcția fiduciară se exprimă prin eforturile sincere de exercitare a obligațiilor cu utilizarea cunoștințelor și experienței, astfel că statele membre UE propun lărgirea funcției de administrator cu inițiative corespunzătoare mediului economic. Vom trece în revistă schimbările sociale care au modificat traseul interpretărilor doctrinare și jurisprudențiale ale obligației de loialitate – de la conflictul de interese clasic la îndeplinirea unor obligații pozitive pentru îndeplinirea loială a mandatului. În final, vom prezenta dezvoltarea obiectivelor inerente acestei obligații de mijloc, respectiv faptul că interesul superior al societății nu mai vizează exclusiv o performanță financiară, ci cuprinde și aspecte ale bună-stării sociale și de etică. Concluziile relevă existența unor factori fundamentați de jurisprudență care facilitează identificarea situațiilor de încălcare a obligației de loialitate, spre deosebire de cazurile de aplicabilitate a bunei-credințe, unde jurisprudența facilitează în special excluderea situațiilor de aplicare a acesteia.

2. Determinarea conduitei neloiale⁴

111. Societățile, ca entități juridice, s-au dezvoltat într-o serie de structuri inovative, de la diferite tipuri de parteneriate, până la *trust*, creând diferite mecanisme prin care acționarii încredințează titularilor obligațiilor fiduciare avansarea intereselor societății, aceștia la rândul lor creând așteptarea unei integrități absolute în gestionarea proprietății și a intereselor beneficiarilor⁵.

⁴ Aspectele de conținut și efectele obligației de loialitate din prezentul capitol au fost publicate inițial în lucrarea Ponta, A.: *The Evolution and Challenges of Directors' Duty of Loyalty*, Perspectives of Business Law in the Third Millennium, ADJURIS International Academic Publisher, București, 2017, pp. 11-32, iar prezenta secțiune reprezintă o adaptare a acestei lucrări.

⁵ Gelter, M., Helleringer, G.: *Corporate Opportunities in the US and in the UK*, ECGI Working Paper Series in Law nr. 346/2017, p. 6.

Am arătat în capitolul introductiv că îmbrățișăm opinia din jurisprudența de *common law* potrivit căreia, administratorii unei societăți datorează acesteia ceea ce Curtea Supremă din Delaware a numit „triada obligațiilor fiduciare”: obligația de diligență și prudență, obligația de loialitate și buna-credință. Acestea sunt recunoscute de doctrină și jurisprudență ca fiind standardul obligațiilor fiduciare identificate și analizate de către acționari și de către instanță la momentul evaluării conduitei administratorilor societari. În majoritatea jurisdicțiilor de *common law*, consecințele încălcării obligațiilor fiduciare variază în funcție de particularitățile fiecăreia dintre ele.

Rezultatul acestei evoluții jurisprudențiale este iminența unui conflict latent între aplicabilitatea obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate, reclamanții fiind interesați să probeze încălcarea mai multor obligații fiduciare prin același comportament defectuos al administratorului. Totodată, administratorii pârâți se apără prin invocarea unei conduite loiale și caracterizate de bună-credință, încercând restrângerea ariei de aplicare a loialității și expansiunea înțelesului diligenței și prudenței pentru a beneficia de avantajele atașate acestei obligații fiduciare, precum regula judecătii de afaceri sau eventuale clauze statutare de înlăturare sau limitare a răspunderii⁶.

Riscul implicat este subsumarea unui număr mare de obligații subsidiare ale diligenței și prudenței în categoria loialității și, conform

⁶ În urma deciziei pronunțate în cauza *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1985, în care mai mulți administratori au suportat consecințe financiare exorbitante pentru încălcarea simultană a diligenței și prudenței și a obligației de loialitate, legiuitorul din Delaware a permis corporațiilor să includă clauze statutare de limitare a răspunderii personale a administratorilor pentru daunele pecuniare cauzate de încălcarea obligațiilor fiduciare. Până în prezent, peste 30 de state ale SUA au adoptat prevederi similare. Este importat de menționat faptul că aceste clauze de înlăturare a răspunderii, prevăzute pentru prima dată în Titlul 8, par. 102(b)(7) *Delaware Code*, se aplică exclusiv în situațiile încălcării obligației de diligență și prudență și nu în cazul încălcării obligației de loialitate sau a bunei-credințe. Vom analiza efectele cauzelor de înlăturare sau de limitare a răspunderii în capitolul VII. În cauza *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 2001, instanța a specificat faptul că orice clauză formulată în baza secțiunii menționate în art. 102(b)(7) *Delaware Code* „împiedică recuperarea daunelor materiale de la administratori în cazul unei acțiuni formulate de acționari întemeiată exclusiv pe încălcarea obligației de diligență și prudență”.

anumitor opinii doctrinare, chiar includerea diligenței și prudenței în obligația de loialitate, sub pretextul imposibilității existenței unui comportament cu adevărat loial fără a respecta obligația de diligență și prudență. Apreciem că aceste abordări filosofice, care privesc conceptul de diligență și prudență ca fiind o parte integrantă a doctrinei loialității, ar trebui să rămână în stadiul retoricii. Practicienii și instanțele ar trebui să traseze o linie clară între sferele de aplicare a celor două obligații fiduciare, fără a pierde din vedere intervenția regulii judecătii de afaceri. Fundamentarea noțiunii de loialitate în dreptul societar contemporan prin asimilarea influențelor sociale, normative și istorice, va conduce la aprecierea deplină a potențialului loialității.

2.1. Noțiunea de „loialitate” în sistemul de drept civil și în common law

112. Cuvântul „loial” are aceleași dimensiuni încă din anul 1110, „leal”, când exprima un atribut al onoarei și al probității. Acest termen s-a dezvoltat treptat din latinul *legalis* și definea inițial fidelitatea față de un angajament asumat. Mai târziu, în secolul XIX, loialitatea era înțeleasă în raport cu autoritatea legitimă a regelui și în strânsă legătură cu termenul francez „loi”⁷. Comportamentul loial a început să fie datorat în baza legii, a moralei sau a conștiinței. Loialitatea reprezintă „ceea ce se cuvine” într-un anumit context”⁸, fiind un imperativ actual și concret (evaluat printr-un standard obiectiv), analizat în concordanță cu standardul teoretic al conduitei așteptate și al circumstanțelor concrete (standard subiectiv). Doctrina juridic-filosofică poziționează moralitatea „din punct de vedere istoric în memoria colectivă și în aspirațiile comune, situate din perspectivă socială în comunități distincte și din perspectivă culturală în structuri morale particulare de raționament și cutumă”⁹.

⁷ A se vedea Johnson, L., *art. precitat supra* 406, p. 13 și <http://www.cnrtl.fr/definition/loyal> [accesat la data de 23.01.2019]

⁸ Curtea Supremă din Delaware recunoaște faptul că obligația de loialitate variază în funcție de contextul specific. În cauza *McMullin v. Beran*, 765 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 2000, apreciază că „responsabilitățile fiduciare care incumbă unui administrator societar în baza mandatului său depind de contextul specific”.

⁹ Hunter, J. D: *The death of character*, Ed. Oxford University Press, Londra, 2000, p. 11.

În limbajul uzual, termenul „loialitate” este adesea asociat cu o conduită sinceră, corectă, fidelă și chiar afectuoasă. Provocările apar în momentul în care instanțele sunt puse în fața determinării concrete a unei conduite loiale într-o situație dedusă judecății. Obligația de loialitate din guvernanta corporativă modernă a prins contur în urma pronunțării unor soluții de referință și a motivărilor formulate de instanțele din Delaware.

Esența unei acțiuni în angajarea răspunderii unui administrator pentru încălcarea obligației de loialitate este convingerea că administratorul a abuzat de puterea conferită pentru a-și asigura sie însuși un beneficiu, în loc să pună pe primul loc obiectivele societății¹⁰. Obligația de loialitate reprezintă o obligație imperativă impusă administratorilor, de a nu încheia operațiuni în interes propriu, prin dublă reprezentare¹¹, de a nu săvârși acte și fapte cu rea-credință¹², fraudă sau prin profitarea de oportunitățile de afaceri ale societății. Situația tipică acoperită de obligația de loialitate este o operațiune în conflict de interese¹³.

Aceste caracteristici încetățenite ale loialității au condus mulți teoreticieni la concluzia unei distincții clare între obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate (Figura 3). Totuși, o parte semnificativă a doctrinei apreciază faptul că, în lipsa unor limite clare între aplicabilitatea celor două obligații fiduciare, în lipsa unor interese personale sau financiare dezavantajoase, dacă nu se pune problema acționării fără bună-credință și diligența impusă, instanța va constata doar încălcarea obligației de diligență și prudență, nu și a obligației de loialitate¹⁴. În lipsa constatării relei-credințe,

¹⁰ Această definiție a fost oferită de instanță în cauza *Steiner v. Meyerson*, 98,857, Delaware Chancery Court, 1995 și reprezintă definiția dominantă în doctrina de *common law*, preluată și de doctrina din dreptul continental.

¹¹ McCarthy, B. J., Wong, W. M.: *Advising the Board: Issues for Boards of Directors*, Practicing Law Institute Journal nr. 1183, New York, 2000, p. 659.

¹² În *common law*, buna-credință este un element inerent obligației de loialitate, fără a se putea însă confunda cu aceasta, pe când în sistemul de drept civil, buna-credință absoarbe conceptul loialității.

¹³ Ruder, D. S.: *Duty of Loyalty—A Law Professor’s Status Report*, Business Law Review nr. 40/1984, p. 1383.

¹⁴ Easterbrook, F. H., Fischel, D. R.: *The Economic structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1991, p. 103 și Branson, D. M.: *Assault on another citadel: Attempts to curtail the fiduciary standard of loyalty applicable to corporate directors*, Fordham Law Review nr. 57/1988, p. 375.

atât un administrator neglijent, cât și unul neloial, aleg să acționeze în propriul interes în locul satisfacerii interesului altuia, primul optând pentru simplificarea îndatoririlor sale, iar al doilea pentru beneficii tangibile¹⁵. Deși obligațiile sunt similare în acest sens, fiecare dintre cele două are o structură mult mai complexă care presupune mai mult decât simpla verificare a condiției obținerii unui beneficiu personal sau a existenței unui conflict de interese.

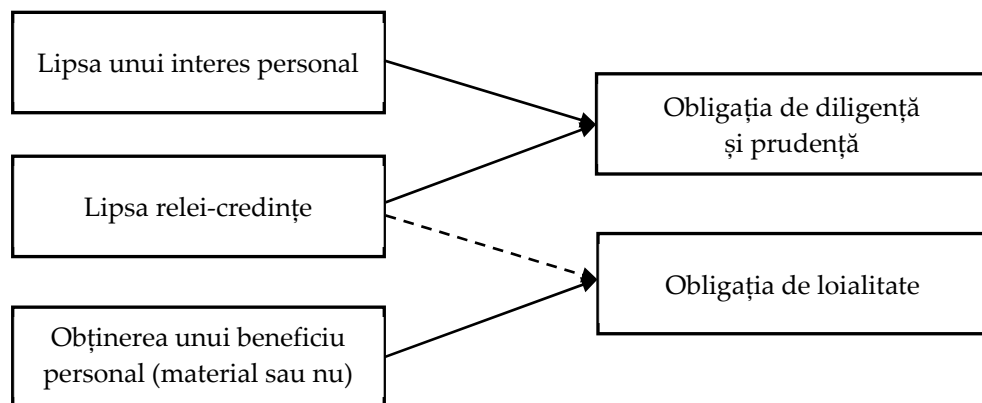


Figura 3. Diferențierea între obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate

Deși premisele îndeplinirii obligației fiduciare de loialitate nu sunt definite cu strictețe și nici diferențiate de diligență și prudență, existența unor factori deja fundamentați de jurisprudență conduc automat la identificarea încălcărilor obligației de loialitate. Principalele indicii ale încălcării obligației de loialitate includ, fără a se limita, la trădarea, minciuna sau fraudă în dauna societății, a consiliului de administrației, a acționarilor, ignorarea desăvârșită a obligațiilor datorate în calitate de administrator sau vânzarea propriului vot¹⁶. Obligația de loialitate prezintă un conținut deschis și flexibil și instanțele evită să afirme că o simplă ocolire a conflictului de interese va înlătura angajarea răspunderii în baza încălcării acestei obligații.

¹⁵ Anderson, A.: *Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure*, University of California Law Review nr. 59/1978, p. 738.

¹⁶ Motivarea din cauza *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d, Delaware Supreme Court, 1993.

2.2. Condițiile îndeplinirii obligației de loialitate

113. Doctrina de *common law* consacrată deosebește între „condițiile minime” și „condițiile exhaustive” ale obligației de loialitate¹⁷. Condiția minimă impune unui profesionist loial să refuze orice tentație de a dobândi un folos personal prin trădarea obiectul loialității datorate beneficiarului. Exemple ale condiției minime includ elemente sociale și filosofice de demonstrare a unui minim devotament, de a nu râvni la bunurile altuia, de a-și subordona interesul privat celui aservit. Această condiție poate fi asimilată unui element de bază al caracterului uman, respectiv disciplina morală, „aspectul esențial al capacității interioare a unei persoane de a a-și inhiba dorințele și obiceiurile în limitele ordinii morale”¹⁸.

Condiția exhaustivă a obligației de loialitate implică și elemente de devotament, îndatoriri afirmative și nu doar reactive, manifestarea continuă a unei atitudini voluntare și practice. Această verificare a loialității nu reprezintă simpla abținere a promovării interesului propriu al titularului obligațiilor fiduciare, ci acordă importanță atașamentului moral datorat de titularul obligațiilor fiduciare beneficiarului, ca ingredient necesar pentru a defini loialitatea în mod afirmativ și nu doar negativ prin excluderea situațiilor inaplicabile.

Doctrina majoritară subliniază imperativul obținerii unui folos material al administratorului ca fundament al încălcării obligației de loialitate, respectiv evitarea operațiunilor în conflict de interese¹⁹ pentru a îndeplini obligația. Apreciem că echivalarea conflictului de interese cu încălcarea obligației de loialitate reprezintă o viziune îngustă, deoarece singura diferență dintre încălcarea obligației de loialitate și încălcarea obligației de diligență și prudență ar fi reprezentată de existența unui act de trădare a încrederii. Conform acestei viziuni, obligația de loialitate reprezintă o expresie a îndatoririi administratorilor interesați financiar într-o afacere de a tranzacționa în mod corect. Formularea exprimă în mod acurat

¹⁷ Fletcher, G.: *Loyalty: An Essay on the morality of relationships*, Oxford University Press vol. 91, New York, 1993, pp. 33, 40.

¹⁸ A se vedea Hunter, J. D., *op. cit. supra* 413, p. 16.

¹⁹ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 405, p. 1271.

cerința minimă a loialității, dar sugerează impropriu că această obligație ar fi așteptată doar în situațiile existenței unei tentații materiale specifice.

Jurisprudența actuală tinde să rețină obligația de loialitate în situațiile în care nu există riscul obținerii unui interes financiar, extinzând încălcarea acesteia și la cazurile în care administratorii nu reușesc să demonstreze un devotament afirmativ față de bună-starea beneficiarului. Apreciem că această abordare este mai oportună, deoarece reflectă necesitățile guvernantei corporative actuale și varietatea situațiilor practice cu care se pot confrunta administratorii. Această extindere a loialității poartă însă riscul confundării acesteia cu buna-credință, interpretare pe care nu o îmbrățișăm din motivele expuse în capitolul următor.

Una dintre cele mai faimoase evaluări a obligației de loialitate în istoria jurisprudenței de *common law* a avut loc în cauza de referință *Guth v. Loft, Inc.*²⁰, care surprinde obligația de loialitate în contextul doctrinei oportunității de afaceri. Instanța apreciază că îndatorirea care incumbă administratorului în baza obligației de loialitate este una dublă, respectiv nu doar de a proteja în mod activ interesele societare cu care a fost însărcinat, dar și de a se abține de la orice act sau fapt care ar prejudicia societatea în orice fel sau care ar lipsi societatea administrată de un profit sau de un avantaj, de care ar putea beneficia „prin prisma abilităților administratorului de a le obține”. Sublinierea condiției minime a loialității s-a realizat prin accentuarea interdicției săvârșirii actelor de trădare a încrederii, și anume „suprimarea impulsurilor de a servi intereselor proprii nu este prin sine însuși un act loial”.

Dualitatea dimensiunii obligației de loialitate este evidențiată și de elaborarea conceptului de corectitudine și echitate și prin evidențierea standardului de evaluare aferent (*Entire fairness standard*), materializat prin demonstrarea unei atitudini de avansare a intereselor societății²¹. Cu alte cuvinte, în cazul conflictelor de interese reale sau potențiale, o simplă examinare a echității materiale și procedurale nu este suficientă. Pentru îndeplinirea obligației de loialitate, administratorul nu trebuie doar să

²⁰ Cauza *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1939.

²¹ Cauza *Fill Bldgs. Inc. v. Alexander Hamilton Life Ins. Co.*, 241 N.W.2d, Curtea Supremă din Michigan, 1976.

manifeste interese sănătoase și fidele, ci el va trebui să promoveze și să stimuleze interesele societății. Obligația de loialitate impune unei părți să își subordoneze pe cât posibil propriile interese și să acționeze în beneficiul celeilalte părți²².

În contextul așteptării acestui devotament afirmativ, este evident că demarcația între obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență este subțire. Identificarea naturii duale a loialității, a înțelesului lingvistic, social și filosofic al acesteia nu clarifică delimitarea celor două obligații fiduciare, ci mai degrabă relevă intersecțiile dintre acestea prin valorile morale complementare protejate. Apreciem însă că o analiză elaborată a fiecărei situații în parte este impetuos necesară, pentru a evita o aplicare exagerată a obligației de loialitate și privarea administratorilor de efectele exoneratoare atașate obligației de diligență și prudență.

3. Doctrina oportunității de afaceri

114. Cunoscută sub numele de „*doctrina oportunităților corporative*”, această teorie tratează situațiile în care un administrator uzurpează oportunitățile de afaceri care s-ar cuveni în mod legitim beneficiarului relației fiduciare prin exploatarea lor în folosul propriu. Deși această doctrină nu are un caracter stabil și limite previzibile, jurisprudența a reușit să orienteze administratorii în momentele de cumpănă între a păstra pentru sine o oportunitate de afaceri sau a o oferi societății²³.

Cea mai cunoscută cauză care surprinde această doctrină este cauza *Meinhard v. Salmon*²⁴ judecată de Instanța Supremă din New York în anul 1928. Cei doi formaseră un *joint venture* pentru a lua în chirie un spațiu de birouri. Cu puțin timp înaintea expirării contractului de închiriere, Salmon a început negocieri secrete cu proprietarul și a prelungit în numele său închirierea spațiului respectiv și a contractat noi spații. Meinhard a aflat

²² Alexander, G. S.: *A Cognitive Theory of Fiduciary Relationships*, Cornell Law Review nr. 85/2000, p. 767. Aceeași idee este susținută și de Principiile propuse de *American Law Institute*, supra 207.

²³ Bainbridge, S. M.: *Rethinking Delaware's Corporate Opportunity Doctrine*, University of California, Los Angeles (UCLA) – School of Law, Law & Economics Research Paper nr. 08-17/2009.

²⁴ Cauza *Meinhard v. Salmon*, 249, Curtea Supremă din New York, N.E., 1928.

despre operațiune abia după perfectarea noilor contracte de închiriere și a solicitat considerarea acestora ca fiind încheiate în numele *joint venture* între cei doi, ceea ce Salmon a refuzat.

În situația în care practica guvernancei corporative ar permite ascunderea sau sustragerea unor informații sau a unor oportunități de afaceri între parteneri, aceștia vor fi întotdeauna tentați să elimine bunăstarea și interesele celeilalte părți pentru a beneficia de totalitatea avantajelor informației obținute²⁵. Motivarea din această cauză a conturat un standard de recunoaștere a acestui fenomen: „partenerii își datorează unul celuilalt cea mai pură loialitate. Foarte multe modalități de exprimare a conduitei, permise în viața de zi cu zi pentru cei care acționează în baza principiului tranzacțiilor pe picior de egalitate, sunt interzise în relațiile fiduciare. Titularul obligațiilor fiduciare este ținut de îndatoriri mai stricte decât morala publică. Nu este vorba doar despre onestitate, ci standardul de comportament este reprezentat de pedanteria onoarei celei mai sensibile”²⁶. Instanța a accentuat importanța analizării circumstanțelor externe și interne, specifice contextului, și a apreciat că Salmon a dat dovadă de „un comportament reprobabil, viclean și lipsit de candoare”.

115. A doua cauză clasică de evidențiere a doctrinei oportunităților de afaceri este *Guth v. Loft Inc.*²⁷, Loft fiind producător și distribuitor de dulciuri și băuturi, care deși nu producea băuturi similare cu Coca-Cola, distribuia acest gen de răcoritoare în magazinele sale. Charles Guth, directorul general al societății Loft, a devenit acționar majoritar al societății Pepsi Cola Corporation, aflată în acea perioadă în dificultate. Guth a început derularea unui program clandestin de mobilizare Pepsi utilizând fondurile, facilitățile și angajații Loft. Societatea Loft l-a acționat în instanță pe administratorul Guth, pe motivul încălcării obligației de a acorda firmei Loft

²⁵ A se vedea Alexander, G., S., *art. precitat supra* 426, care propune adoptarea unor reguli care conferă societății dreptul de proprietate asupra informației dobândite, o teorie strâns legată de derivarea obligațiilor fiduciare din dreptul de proprietate în *common law*. Autorul consideră că această calificare ar fi mai eficientă decât redactarea unor angajamente de aducere la cunoștință a diferitelor aspecte sau monitorizarea reciprocă. Deși această normă ar încuraja administratorii să dobândească oportunități care sporesc valoarea societății, apreciem că libertatea în baza convingerilor proprii sunt de esență guvernancei corporative.

²⁶ A se vedea Bainbridge, S. M., *art. precitat supra* 427, p. 4.

²⁷ A se vedea cauza *Guth v. Loft*, *supra* 424.

o „șansă informată de a achiziționa Pepsi înainte de a face acest lucru pentru sine, adică „dreptul de a oferi primul refuz pentru achiziția Pepsi”.

În această cauză, instanța a conturat pentru prima dată câteva întrebări recomandate pentru a stabili natura și incidența doctrinei oportunității de afaceri. Analiza s-a concentrat în mare parte pe ceea ce este cunoscut astăzi drept „*line of business test*”, respectiv dacă afacerea care este oferită spre achiziție este îndeaproape sau în mod strâns legată de obiectul de activitate curent sau de perspectivă viitoare a societății. Instanța a apreciat că Pepsi se afla în legătură directă cu obiectul de activitate al societății Loft, ultima fiind atât producător, cât și distribuitor de băuturi răcoritoare. Deși la acea dată societatea Pepsi nu avea ca obiect de activitate producerea băuturilor răcoritoare, Curtea a reținut că *testul obiectului de activitate* trebuie să privească și o posibilă dezvoltare sau extindere a societății în viitor. Loft deținea cunoștințele, experiența și resursele necesare pentru a exploata oportunitatea Pepsi, iar combinația dintre necesitate și abilitate clasifică oportunitatea Pepsi ca integrându-se în linia de afaceri a societății Loft²⁸.

În plus, s-a pus întrebarea dacă societatea Loft avea o așteptare rezonabilă referitoare la angajarea acestei oportunități, un interes de afaceri sau o necesitate reală de achiziționare a unui distribuitor, sau dacă a încercat posibilitatea identificării unei alte surse alternative de distribuție, astfel încât să se poată demonstra că Loft nu ar fi avut un interes echitabil în oportunitatea de achiziționare a Pepsi. Deși aceste răspunsuri nu reprezintă criterii exhaustive care să demonstreze încălcarea obligației de loialitate de către un administrator, abordarea lor sistemică poate determina intenția acestuia prin profitarea în nume propriu de oportunitatea de afaceri.

116. O altă cauză care oferă puncte de referință pentru analiza doctrinei oportunităților de afaceri este *Broz v. Cellular Information Systems Inc.*²⁹. Robert Broz era singurul acționar și președinte al *RFB Cellular Inc.*, dar și membru al consiliului de administrație al *Cellular Information Systems Inc.*

²⁸ Guth s-a folosit de poziția sa pentru a rezilia contractul de distribuție dintre Loft și Coca-Cola și a încheia un contract similar cu Pepsi. Deși conduita ar putea fi clasificată ca fiind frauduloasă, acest aspect nu face obiectul prezentului capitol. Având puterea de control a societății Loft, administratorul Guth a reușit să impună un contract de distribuție exclusivă cu Pepsi și să determine termenii contractuali conform propriilor sale interese.

²⁹ Cauza *Broz v. Cellular Information Systems Inc.*, 673 A.2d 148, Curtea Supremă din Delaware, 1996.

(CIS), un furnizor de servicii de telefonie mobilă concurent. În urma unei informații primite de la brokerul său, Broz a achiziționat o licență de telefonie celulară, Michigan 2 pentru RFB, deși mai deținea o licență similară, Michigan 4. Deși Broz nu a oferit oportunitatea în mod formal societății CIS, a menționat acest aspect președintelui și câtorva membri ai consiliului de administrație CIS, care au arătat o lipsă de interes în numele CIS în achiziționarea licenței Michigan 2, datorită dificultăților financiare în care se afla societatea și a negocierilor dificile care ar fi trebuit purtate cu alți furnizori. În urma achiziției, terțul care a pierdut licitația în fața lui Broz l-a acuzat pe acesta de încălcarea obligațiilor fiduciare față de CIS, deoarece ar fi uzurpat oportunitatea Michigan 2.

Curtea Supremă din Delaware a reținut că Broz nu a încălcat obligațiile fiduciare prin omisiunea prezentării ofertei către CIS, pentru că Michigan 2 nu reprezenta o oportunitate de afaceri mai potrivită pentru CIS decât pentru Broz. Instanța a identificat o probă care a rămas în jurisprudență cel mai longeviv test pentru determinarea unei perspective ca fiind o oportunitate de afaceri. Aceasta se întemeiază pe întrebarea dacă societatea are un interes comercial și posibilitatea reală de a profita de oportunitate, respectiv „*interest-or-expectancy*” test³⁰. Principala componentă a interesului de afaceri se referă de obicei la proiecte asupra cărora societatea are un drept contractual existent³¹. Componenta expectanței include proiecte care nu sunt încă proprii societății prin contracte existente, dar care au șanse de materializare.

117. O ultimă modalitate de abordare a oportunităților de afaceri este proba corectitudinii și a echității. Conform acestei abordări, o perspectivă poate fi clasificată ca o oportunitate de afaceri dacă însușirea acesteia de către administrator nu îndeplinește standardele etice, de corectitudine și echitate. Lipsa succesului aplicării acestei probe rezidă în imposibilitatea articulării substanțiale a conturului corectitudinii și echității, însă din motive de

³⁰ Talley, E., Harshmall, M.: *The corporate opportunity doctrine*, University of Southern California Law School, Center for Law, Economics and Organization Law Journal, 2011.

³¹ În cauza *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, 28. So, 1999, Curtea Supremă din Alabama a reținut că fiduciarul care au achiziționat 2/3 din dreptul de exploatare a unei cariere de piatră și-au însușit o oportunitate de afaceri, în condițiile existenței unei oferte scrise a vânzătorului asupra acelei cariere către societate. Instanța a apreciat că oportunitatea trebuie să fie „necesară” și „existentțială” sau cel puțin extrem de importantă pentru societate pentru a se putea pronunța asupra existenței componentei interesului.

unificare a standardelor de evaluare, doctrina accentuează semnificația procedurală a acestui concept³².

Putem observa diferența dintre Guth, care a dat dovadă clară de re-credință și Broz, al cărui interes de a profita de oportunitatea achiziționării licenței nu a creat un conflict de interese, deoarece acesta a concurat doar cu un terț pentru cumpărarea licenței. Totuși, Broz nu a prezentat companiei în mod formal oportunitatea și aceasta nici nu a refuzat-o expres înainte ca Broz să o exploateze în nume propriu. Apreciem că procedurile formale, deși nu sunt obligatorii în toate cazurile, creează în aceste situații o ancoră de siguranță. Practica recentă de *common law* creează prezumția că un administrator care alege să profite de o oportunitate de afaceri, a aflat despre această posibilitate în calitate sa de reprezentant al societății, ceea ce are ca efect răsturnarea sarcinii probei. Titularul obligațiilor fiduciare este așadar cel care trebuie să dovedească faptul că a cunoscut oportunitatea în capacitatea sa individuală.

Un alt aspect pe care îl considerăm relevant este factorul financiar, care ar fi împiedicat societatea de a profita de oportunitatea de afaceri. Având în vedere interdependența dintre obligațiile fiduciare, se pune problema obligației de diligență și prudență extinsă a administratorului care, în această calitate, are îndatorirea de a contribui la succesul financiar al societății pe care o reprezintă și de a obține sursele financiare necesare pentru ca societatea să achiziționeze licențele necesare, care în viitor ar spori profitul societății. Cu alte cuvinte, dacă administratorul a putut exploata oportunitatea în nume propriu, de ce să presupunem *a priori* faptul că societatea nu ar fi putut face același lucru? În cauza *Meinhard v. Salmon*, instanța a reținut că cel care s-a obligat fiduciar trebuie să renunțe să se gândească la sine.

Pentru a contribui la previzibilitatea aplicabilității doctrinei oportunității de afaceri, literatura a grupat acești factori-premisă de angajare a răspunderii³³. Definiția îmbrățișată de doctrina majoritară de *common law*³⁴,

³² Mitchell, L. E.: *Fairness and trust in corporation law*, Duke Law Journal nr. 43, Durham, SUA, 1993, p. 470.

³³ A se vedea Johnson, L., *art. precitat supra* 406, p. 22. În concret se va analiza și modalitatea în care administratorul a folosit informația și a exploatat oportunitatea în detrimentul societății. A se vedea cauza *Broz v. Cellular Information Systems*, *supra* 433.

³⁴ A se vedea Bainbridge, S. M., *art. precitat supra* 427, p. 14 și Principiile ALI, *supra* 207.

ca fiind cea mai amplă, este cea adaptată din Principiile guvernantei corporative ale ALI, care condiționează calificarea unei afaceri ca fiind o oportunitate de afaceri, de îndeplinirea alternativă a următoarelor criterii:

- a) administratorul a aflat despre afacere în exercitarea funcțiilor în cadrul societății;
- b) administratorul a aflat despre oportunitate în circumstanțe care ar fi trebuit să îi confere convingerea rezonabilă că ofertantul a intenționat să facă propunerea societății;
- c) administratorul a aflat despre posibilitatea de a încheia o operațiune prin utilizarea informațiilor sau a activelor societății;
- d) administratorul are cunoștință despre faptul că oportunitatea de afaceri este strâns legată de un obiect de activitate cu care societatea are o legătură, o așteptare sau un interes.

În ciuda tradiției juridice comune, abordările doctrinare și jurisprudențiale americane și britanice ale oportunității de afaceri sunt semnificativ diferite. Modelul aplicat de instanțele americane urmărește identificarea celui îndreptățit să utilizeze oportunitatea de afaceri, iar instanțele au dezvoltat diferite criterii pentru a obține aceste răspunsuri, precum *line of business test* ori *interest-or-expectancy test*. Această abordare s-a modelat printr-o jurisprudență de peste 70 de ani referitoare la oportunitățile de afaceri, ceea ce a amplificat câmpul de aplicare al noțiunii de corectitudine și echitate. Jurisprudența a evoluat de la aplicarea unor teste simple, care verificau conflictul de interese și dreptul subiectiv al societății, la analiza unei game mai variate de criterii suplimentare, care facilitează o evaluare *ex post* a îndeplinirii obligației de loialitate.

118. Modelul britanic, dezvoltat la finele secolului XIX în baza regulilor care interziceau conflictul de interese, a menținut acest raționament ca justificare a oportunității de afaceri. Formularea legală prevede obținerea aprobării *ex ante* din partea consiliului de administrație și a acționarilor, o abordare care, la fel ca în dreptul continental, este puternic ancorată în prevenirea conflictului de interese³⁵. În prezent, obligațiile fiduciare

³⁵ Deși în principiu nici dreptul american nu permite clauze statutare de exonerare a administratorilor pentru încălcarea obligației de loialitate, doctrina majoritară tinde să accepte includerea unor clauze de înlăturare a răspunderii pentru urmărirea oportunităților

reprezintă în majoritatea jurisdicțiilor de *common law* și de drept continental instrumente tipice de protecție a acționarilor și a societății. În vreme ce îndeplinirea obligațiilor fiduciare este în general verificată de instanțele americane, dreptul britanic a construit diferite mecanisme de verificare *ex ante* a operațiunilor de către administratori independenți și neexecutivi. Motivul pentru care am ales să prezentăm în mod exhaustiv modelul american este caracterul atipic al acestor construcții de monitorizare *ex ante* în guvernanta corporativă de drept continental. Jurisprudența britanică a modelat obligația de loialitate pentru a funcționa ca un mecanism preventiv și de încurajare a administratorilor să dezvăluie *ex ante* informațiile deținute.

4. Obligația de loialitate în dreptul continental

119. În procesul de armonizare a instituțiilor de drept societar, obligațiile fiduciare nu au constituit o prioritate a legiuitorului european, în primul rând deoarece statele membre și-au manifestat reticența față armonizarea dreptului societar, deși o parte a doctrinei pledează în favoarea unor reglementări omogene³⁶. Obligațiile fiduciare se regăsesc în continuare într-o gamă largă de abordări și de mecanisme de politică legislativă la nivelul statelor membre, însă în ciuda diferențelor, efectele practice sunt în

de afaceri. În dreptul britanic, în care doctrina oportunităților de afaceri este puternic ancorată în raționamentele conflictului de interese, aceste clauze sunt excluse prin interpretarea secțiunii 175(5)-(6) *UK Companies Act 2006*. A se vedea Samet, I.: *Guarding the Fiduciary's Conscience – A Justification of a Stringent Profitstripping Rule*, *Oxford Journal for Legal Studies* nr. 28/2008, p. 772 și Bruner, C. M.: *Opting Out of Fiduciary Duties and Liabilities in U.S. and U.K. Business Entities*, *University of Georgia School of Law Legal Studies Research Paper* nr. 29/2017.

³⁶ Menționăm că nu îmbrățișăm opiniile potrivit cărora, armonizarea perfectă a dreptului afacerilor ar fi dezirabilă la nivelul statelor membre UE. Pentru criticile reticenței statelor membre, a se vedea Enriques, L.: *EC Company Law Regulations and Directives. How trivial are they?*, *University of Pennsylvania Journal of International Law* vol. 27, nr.1/2006. La momentul adoptării Regulamentului (CE) nr. 2157/2001 privind statutul societății europene (SE), statele membre nu au ajuns la un compromis cu privire la formele de administrare a societăților și obligațiile administratorilor, astfel încât acestea au rămas la latitudinea legislațiilor naționale. Prima reglementare la nivel european cu privire la conflictele de interese a apărut abia în anul 2017, prin amendarea Directivei (UE) 2017/828 de modificare a Directivei 2007/36/CE în ceea ce privește încurajarea implicării pe termen lung a acționarilor.

mare măsură similare. Cel mai edificator exemplu este regula judecătii de afaceri, ale cărei trăsături sunt comune în majoritatea jurisdicțiilor europene, în principal datorită similitudinilor provocărilor legale și economice ale guvernantei corporative pe care legiuitorii sunt chemați să le adreseze și datorită importului influențelor americane. La polul opus al armonizării se află obligația de loialitate, care variază între sisteme de reglementare strictă, precum Marea Britanie sau Germania, și jurisdicții în care această obligație fiduciară se fundamentează pe principiile generale ale fiduciei sau ale contractului de mandat, precum România, Franța și țările nordice.

Libera circulație a serviciilor și libertatea de stabilire a societăților în UE, care în mod repetat a făcut obiectul întrebărilor preliminare în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), au oferit un cadru favorabil armonizării unor instituții de dreptul societăților. În urma repetatelor îndemnuri ale CJUE către statele membre de a susține mobilitatea societăților în spațiul european³⁷, efortul comun s-a concretizat progresiv prin stabilirea unor metode de protecție a intereselor mediului privat și a regulilor de guvernanta corporativă, astfel că diferitele prevederi naționale referitoare la obligațiile fiduciare dobândesc în prezent importanță transnațională.

Scopul prezentei secțiuni nu este oferirea unei imagini exhaustive a convergenței normelor din diferite jurisdicții europene, ci prezentarea unor similitudini esențiale în reglementarea sau jurisprudența obligației de loialitate din diferite state prin prisma evoluției conținutului acestuia din ultimii ani. Vom urmări diferite practici emergente din SUA care inovează structura tradițională a obligației de loialitate cunoscută în Europa, datorită importului elementelor din guvernanta corporativă americană și avantajele transplanturilor legislative în dreptul continental. În final, sunt analizate propunerile unor forumuri internaționale și ale instituțiilor europene de largire a loialității în sens clasic prin adăugarea unor elemente de interes public în conținutul mandatului încredințat administratorului, precum aspecte de bunăstare socială, protecția mediului, eficientizarea resurselor naturale și protecția datelor personale.

³⁷ Cauza *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, CJUE.

4.1. Formele de administrare a societăților pe acțiuni și structura organelor de conducere

120. Pentru o prezentare acurată a specificului obligației de loialitate din diferite jurisdicții, vom analiza pe scurt formele de administrare a societăților pe acțiuni și structurile organelor de conducere, deoarece abordarea loialității se deosebește în sistemul unitar față de sistemul dualist. Majoritatea statelor UE au determinat într-un fel sau altul modalitatea separării autorității de decizie dintre acționari și executiv, optând pentru reglementarea structurii consiliului de administrație. Marea Britanie reprezintă o excepție, deoarece alocarea puterii de decizie și organizarea managementului societății se vor stabili prin actul constitutiv.

Administrarea și conducerea societății pe acțiuni se realizează în majoritatea statelor fie prin consiliul de administrație și directorii societății (sistemul unitar), fie prin directorat și consiliul de supraveghere (sistemul dualist). În sistemul unitar, funcțiile de supraveghere și de administrare ale afacerilor curente sunt exercitate de un consiliu de administrație, societățile britanice fiind modelul tipic al sistemului unitar. În sistemul dualist, cele două organe colegiale coexistă, consiliul de supraveghere având o funcție de control a directoratului responsabil cu administrarea afacerilor curente ale societății. Sistemul dualist este specific societăților din Germania care sunt listate pe o piață publică, fiind obligatoriu și pentru societățile cu răspundere limitată care au mai mult de 500 de angajați. Specificul sistemului dualist de administrare este izolarea consiliului de administrație de adunarea acționarilor, așa cum se poate observa în reglementarea sistemului german și sistemului român, unde consiliul de supraveghere are în principiu autoritatea unică de a numi și de a revoca membrii directoratului.

Flexibilitatea organizării societăților și creșterea mobilității lor în spațiul european se datorează în parte construcției Societății Europene, dar și jurisprudenței CJUE. Tendința europeană de a oferi societăților opțiunea de a-și alege sistemul de administrare, unitar sau dualist, regăsită și în cazul Societății Europene³⁸, a fost îmbrățișată de state precum Franța, Danemarca, Finlanda și România, și se întâlnește în aproape jumătate din statele membre.

³⁸ Art. 38 (b) din Regulamentul (CE) nr. 2157/2001 al Consiliului privind statutul societății europene (SE).

De vreme ce separarea puterilor și alocarea rolurilor în luarea deciziilor este reglementată de lege, diferențele funcționale între formele de administrare prevăzute de diferite jurisdicții și implicațiile pe care le au asupra rolului administratorului sunt nuanțe mai greu de sesizat. În sistemul unitar, consiliul de administrație tipic este compus din directori executivi și administratori neexecutivi care, în realitate, au funcții diferite, funcția de supraveghere fiind adesea atribuită administratorilor neexecutivi. În cazul în care într-o societate pe acțiuni are loc delegarea atribuțiilor de conducere către directori, majoritatea membrilor consiliului de administrație va fi formată din administratori neexecutivi. Practica guvernanței corporative din jurisdicțiile europene este convergentă, ceea ce a condus la similitudini funcționale între cele două sisteme de administrare și spre obligații fiduciare cu conținut comparabil³⁹. Astfel, în jurisprudența de după anul 2000, conținutul și efectele obligației de loialitate datorată de membrii consiliului de administrație nu diferă de cele ale membrilor directoratului, iar între loialitatea datorată de directorii executivi și administratorii neexecutivi se observă doar deosebiri de nuanță.

4.2. *Natura obligației de loialitate în sistemul de drept civil și în common law*

121. Obligațiile administratorilor sunt prevăzute în toate jurisdicțiile statelor membre UE, însă detalierea și formularea lor variază considerabil. Observăm că diferențele de abordare din diferite state nu se datorează exclusiv diferențelor dintre sistemul de *common law* și sistemul de drept civil.

În jurisdicțiile de *common law*, obligațiile administratorilor derivă preponderent din principiile fiduciare generale. Funcția împrumută atributele mandatarului și ale curatorului, termenul anglo-saxon de *trustee* fiind absorbit de instituțiile guvernanței corporative, ceea ce are ca efect principal obligația administratorului de a acționa exclusiv în interesul și în beneficiul acelorora ale căror interese le reprezintă. Obligațiile administratorilor vor trebui îndeplinite la fel ca orice altă obligație fiduciară⁴⁰. Deși obligațiile

³⁹ Dotevall, R.: *Is a Common Structure of Company Directors Duties Evolving in EU?*, Nordic & European Company Law Working Paper nr. 16/2016, p. 287.

⁴⁰ Secțiunea 178(2) *UK Companies Act*.

fiduciare nu sunt codificate în mod tradițional în jurisdicțiile de *common law*, Marea Britanie le-a reglementat pentru prima oară în anul 2006 în *UK Companies Act*⁴¹. În sistemul de drept civil, originea obligațiilor administratorilor se află în principiile generale ale dreptului privat și ale contractului de mandat, unele state, precum Germania și statele nordice, optând pentru dezvoltarea detaliată a acestor principii în legi speciale⁴².

Deși diferențele între abordările obligațiilor fiduciare în *common law* și în sistemul de drept civil nu sunt de esență, ci au doar rădăcini diferite, este important de observat că ambele sisteme au împrumutat principii și elemente din alte ramuri de drept pentru elaborarea obligațiilor fiduciare din guvernanta corporativă, cum ar fi reguli din dreptul contractelor, dreptul obligațiilor sau instituția fiduciei.

Principală diferență este în privința categoriei beneficiarilor primari ai obligațiilor fiduciare. În vreme ce în *common law*, beneficiarii sunt acționarii/asociații, în sistemul de drept civil, obligațiile fiduciare sunt în general datorate societății administrate, ale cărei interese trebuie să primeze. Având în vedere deschiderea manifestată de ambele sisteme de drept în direcția absorbirii influențelor compatibile din alte jurisdicții, natura diferită a sistemelor de drept a pierdut din importanță practică la nivelul dreptului substanțial. Nu se poate vorbi despre o armonizare la nivelul UE, însă convergența este evidentă în ceea ce privește cele două obligații fiduciare clasice, obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate.

În jurisdicțiile de drept civil, obligația fiduciară de loialitate datorată de administratorii societari derivă preponderent din contractul de mandat, iar angajarea răspunderii a împrumutat în majoritatea statelor condițiile originare din dreptul francez. În aplicarea principiilor răspunderii civile delictuale sau contractuale⁴³, se va putea angaja răspunderea administratorului

⁴¹ Secțiunile 170-181 *UK Companies Act*.

⁴² Abordarea comparativă a obligației de loialitate din *common law* și din dreptul continental, redată în prezentul capitol, a fost publicată inițial în lucrarea Ponta, A.: *Obligația de loialitate a administratorilor în lumina noilor perspective europene*, RRDA nr. 2/2018, pp. 17-38.

⁴³ Natura juridică a raporturilor dintre administrator și societate este legală sau contractuală, iar răspunderea administratorului se va angaja în funcție de izvorul obligației încălcate, o răspundere contractuală sau delictuală. Analiza naturii juridice a răspunderii administratorului față de societate face obiectul capitolului VII al prezentei lucrări.

pentru prejudiciile cauzate intenționat sau din neglijență, criteriile de apreciere a neglijenței fiind standardul de diligență așteptat de la o persoană rezonabilă, un *bonus pater familias*. Aplicarea criteriilor culpei corespunde în mare măsură condițiilor conduitei neglijente definită și în jurisprudența de *common law*, iar fundamentele teoretice diferite nu indică în mod necesar diferențe fundamentale între abordarea loialității în sistemul de drept civil și în *common law*.

4.3. Izvoarele obligației de loialitate în unele state membre ale Uniunii Europene

122. Puține dintre jurisdicțiile de drept civil au codificat o definiție cuprinzătoare a obligației de loialitate sau au inclus o formulare expresă a elementelor acesteia în cuprinsul legislației speciale a societăților. Loialitatea este interpretată comparabil în practica instanțelor diferitelor state, prin prisma înțelesului filosofic al noțiunii. Germania, Franța și țările nordice au derivat principiile fiduciare și obligațiile mandatarului din principiile generale ale dreptului privat, pe care le-au aplicat în lipsa unei dispoziții exprese în dreptul societar.

În jurisdicțiile de *common law*, obligația de loialitate reprezintă cea mai comprehensivă obligație fiduciară, care acoperă totalitatea situațiilor în care un administrator se află în conflict de interese real sau potențial cu societatea pe care o administrează. Având în vedere faptul că dezvoltarea societăților s-a fundamentat pe evoluția parteneriatelor și a trustului, loialitatea a urmărit același parcurs și a răspuns instituționalizării relațiilor comerciale și dezideratului numirii unei persoane de încredere, care să se ocupe de afacerile beneficiarilor cu cel mai înalt grad de integritate. Deși alte sisteme de drept au abordat interdicția conflictelor de interese în sens mai restrâns, restricția de a profita de pe urma poziției deținute de o persoană în administrarea societății există în majoritatea legislațiilor. Principalele situații acoperite de legislațiile statelor UE referitoare la obligația de loialitate se referă la trei cazuri.

Primul caz reprezintă actele încheiate între societate și administrator, în mod direct sau indirect, prin persoane interpușe ori prin altă societate în care administratorul este implicat, în care are interese sau deține acțiuni. A

doua situație se referă la oportunitățile de afaceri, respectiv exploatarea unei informații privind o șansă profitabilă de afaceri care ar fi de interes prezent sau viitor pentru societate. A treia categorie de expresii de conduită o reprezintă situațiile care se referă la așteptarea rezonabilă de la persoana administratorului și cuprinde obligații subsidiare care sunt reglementate distinct în anumite state, deși în abstract pot fi reduse la cele două cazuri expuse anterior. Exemple ale acestor obligații subsidiare sunt obligația de neconcurență, interdicția de a accepta beneficii de la terți acordate datorită funcției deținute sau interdicția de a abuza de puterea acordată de funcția de administrare în scopuri personale⁴⁴.

În vreme ce reglementarea obligației de diligență și prudență și formulările jurisprudențiale ale standardului de diligență sunt în mare măsură omogene în statele membre UE, abordarea conflictelor de interese se prezintă într-o gamă diversă. O posibilă explicație ar fi aceea că, în procesul de absorbție a instrumentelor legale din *common law*, obligațiile fiduciare au fost construite pe fundamente distincte ale dreptului privat, precum contractul de mandat sau alte construcții juridice care incorporau deja noțiunea de încredere și de loialitate în dreptul național. Noțiunea de diligență și prudență prezintă un grad mai înalt de omogenitate prin standardul de evaluare pe care îl utilizează, acela al unui bun *pater familias*, care prezintă elemente funcțional similare în state membre UE.

Reglementările din statele membre UE cuprind de la standarde de conduită vaste până la reguli stricte, care împart puterile decizionale interne ale societății, stabilesc standarde de evaluare a conduitei loiale ori limitele puterii interne și externe de reprezentare. Majoritatea statelor membre au optat pentru reguli exprese referitoare la operațiunile dintre administrator și societate, prin codificarea oportunității de afaceri sau a conflictului de interese, cele mai comprehensive reglementări fiind întâlnite în Spania⁴⁵ și în Marea Britanie.

⁴⁴ Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E. P.: *Study on Directors' Duties and Liability*, prepared for the European Commission, London School of Economics, LSE Enterprise, Londra, 2013, p. 148.

⁴⁵ Obligații fundamentale derivate din obligația de loialitate, art. 228 din Legea spaniolă a societăților. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428455808?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DCorporate_Enterprises_Act_2015_-_Ley_de_Sociedades_de_Capital.PDF [accesat la data de 10.08.2018].

123. Dreptul britanic conferă bunei-credințe caracterul unei obligații fiduciare independente, dar buna-credință reprezintă și o condiție a îndeplinirii obligației de loialitate, conform secțiunii 172(1) *UK Companies Act*, care, sub titlul „obligația de a promova succesul societății”, reglementează obligația administratorilor de a acționa „într-o manieră în care aceștia consideră cu bună-credință că promovează succesul societății, în beneficiul tuturor membrilor acesteia”. Cel de-al doilea element al dispoziției legale enumeră în mod nelimitativ anumiți factori pe care trebuie să îi aibă în vedere administratorii, printre care „efectele probabile pe termen lung ale unei decizii de afaceri, interesele societății și ale angajaților, necesitatea menținerii relațiilor de afaceri cu furnizori și clienți, impactul operațiunilor societății asupra comunității și a mediului înconjurător, intenția societății de a menține reputația urmării unor standarde înalte de conduită și relaționarea corectă între membrii societății”.

În deliberările prealabile formulării legii, legiuitorul britanic a fost presat de doctrină și de practică să renunțe la conceptul de supremație a intereselor acționarilor în favoarea unei abordări pluraliste a actorilor guvernantei corporative, iar obligația de loialitate a fost privită atât de doctrină, cât și de comisiile legislative, ca fiind definitorie în reglementările de dreptul societăților⁴⁶. Apreciem că această formulare legală este reprezentativă pentru imperativul actual al unui echilibru între interesele acționarilor și valorile sociale, se circumscrie interpretării dreptului continental, iar formularea aleasă reflectă considerarea intereselor terților, în limita în care se încadrează în actele de promovare a succesului societății și a membrilor acesteia.

În lipsa reglementării exprese a conflictului de interese, practicile comerciale au încurajat aplicarea principiilor generale împrumutate din dreptul civil. Prezente în toate jurisdicțiile, aceste concepte fiduciare specifice contractului de mandat au contribuit la dezvoltarea jurisprudenței de drept societar în cazurile în care legea nu abordează conflictul de interese sau pentru completarea și aplicarea reglementării din legea societăților. Aceste împrumuturi se observă nu doar în jurisdicții de *common law*, precum

⁴⁶ Lowry, J.: *The Duty of Loyalty of Company Directors: Bridging the Accountability Gap through Efficient Disclosure*, The Cambridge Law Journal vol. 68, nr. 3/2009, p. 615.

în Cipru și Irlanda, dar și în jurisdicții de drept civil, precum Franța, Germania, Ungaria, Letonia și Polonia.

Corelarea instituțiilor fiduciare și analogiile caracteristice guvernanței corporative se datorează în primul rând înțelesului unitar al conceptului de încredere, în ciuda diferențelor între beneficiarii acestei încrederi. În dreptul britanic și american, obligațiile fiduciare sunt datorate acționarilor⁴⁷, însă în practica dreptului continental, beneficiarul este societatea, o interpretare care este extinsă de doctrina contemporană⁴⁸ la alte grupuri de beneficiari încadrați ai societății, precum angajații, consumatorii sau chiar comunitatea locală. Datorită naturii flexibile a relațiilor, conceptele derivate din noțiunea de încredere și obligațiile fiduciare concrete sunt mai dificil de construit în situația în care categoria beneficiarului este neclară.

124. Dispozițiile legale și doctrina din jurisdicțiile de drept civil disting între mai multe fațete ale obligației de loialitate. În primul rând, caracterul independent este înțeles ca o caracteristică obiectivă a statutului administratorului, în măsură să creeze așteptări și să inspire încredere, iar nu ca un concept subiectiv al stării de spirit⁴⁹. În al doilea rând, conflictele de interese au tot un înțeles obiectiv, care este determinat de o situație concretă care poate fi atașată unei consecințe legale. Așadar, obligația de loialitate reprezintă un standard de conduită obiectiv, care acoperă toate situațiile care implică un conflict între părțile interesate, spre deosebire de buna-credință, care are puternice încărcături subiective. Câmpul de aplicare al obligației de loialitate în dreptul continental este cât se poate de vast, studiile comparative au cules ca exemple tipice situațiile de fraudă, de acordare sau obținere a unui împrumut din partea societății administrate, situațiile de dublă reprezentare, de exercitare a unor acte sau fapte concurente societății, oportunitățile de afaceri, profitarea injustă de pe urma poziției ocupate și a votului în chestiunile de remunerație⁵⁰. Se pune problema menținerii acestei obligații de loialitate în urma încetării mandatului de administrator.

⁴⁷ Această interpretare este îmbrățișată și de dreptul elvețian, a se vedea Böckli, P.: *Schweizer Aktienrecht*, ediția a 4-a, Ed. Schulthess, 2009, Zürich, p. 598.

⁴⁸ Hopt, K. J.: *Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors – A Comparative Analysis*, ECGI Law Working Paper nr. 208/2013, p. 2.

⁴⁹ *Idem*, p. 5.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 7-11.

Dezbaterile doctrinare nu au condus la formularea unei reguli generale referitoare la exercitarea post-contractuală a obligației de loialitate în lipsa includerii unei clauze exprese de neconcurență în contractul de administrare, în afară de obligația de confidențialitate, general acceptată ca fiind datorată și după încetarea contractului de administrație.

Se poate observa că în sistemele în care predomină sistemul dualist de administrare, conflictele de interese sunt atenuate prin mecanismul de separare internă a autorității, ceea ce a determinat legiuitorul să opteze pentru formulări legale simple. Două exemple interesante se găsesc în cazul Olandei și al Finlandei, ambele state având reglementări fragmentare ale obligației de loialitate, respectiv corelarea diferitelor dispoziții de drept privat a căror interpretare coroborată definește obligația de loialitate și a căror interpretare jurisprudențială s-a încetățenit cutumiar. Construcțiile jurisprudenței pe fundamentul formulării generale a poziției administratorului sunt îmbinate cu elemente de diligență și prudență.

Olanda impune administratorilor să acționeze în conformitate cu „standardele rezonabilității și echității”, respectiv elementele primare ale standardului de conduită al diligenței și prudenței, ei fiind răspunzători pentru „executarea adecvată a atribuțiilor cu care au fost însărcinați”⁵¹. Apreciem că această abordare nu este în măsură să surprindă valorile protejate de obligația de loialitate, fără a crea confuzii între loialitate și obligația de diligență și prudență. Olanda a avut parte de o reformă a dreptului societar în anul 2013, când legiuitorul a propus interdicția administratorului de a participa la procesul decizional referitor la o operațiune în care este interesat în mod direct sau indirect. În varianta legislativă anterioară, conflictele de interese aveau efect doar în ceea ce privește funcția de reprezentare a administratorului, respectiv administratorul în conflict de interese nu avea autoritatea de a reprezenta societatea și contractele încheiate de aceasta erau sancționate cu inopozabilitatea față de terți de bună-credință. Această abordare era lipsită de transparență și imprevizibilă, ceea ce a condus la critici din partea Comisiei Europene. Varianta actuală impune obținerea autorizării consiliului de administrație sau a consiliului de supraveghere, în

⁵¹ Art.8(1) și art.9(1) din Codul Civil olandez, <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook/022.htm>, [accesat la data de 10.08.2018].

funcție de sistemul de administrare aplicabil. Dreptul olandez nu conține o descriere a unui principiu aplicabil doctrinei oportunității de afaceri, însă doctrina o asociază cu obligația de loialitate⁵². Așadar, angajarea răspunderii administratorului pentru prejudiciile cauzate societății se va fundamenta pe îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor sale, *onbehoorlijke taakvervulling*⁵³. Definițiile oferite de jurisprudență condiționează aplicarea doctrinei oportunității de afaceri de integrarea acesteia în câmpul vast al activității societății și impune administratorilor obligația dezvoltării oportunității către societate⁵⁴.

Legea finlandeză impune administratorilor să acționeze „cu diligență și prudență și să promoveze interesele societății”, fără a menționa obligația de loialitate, care a fost dezvoltată în realitățile de business de jurisprudență⁵⁵. În ciuda ambiguității aparente, această formulare s-a dovedit a fi foarte utilă pentru identificarea obligației de loialitate în individualitatea ei sau în suprapunere cu obligația de diligență și prudență. În mod similar, Suedia privește legea ca fiind suficient de elastică pentru a acoperi conflictele de interese, atunci când regulile generale nu acoperă anumite cauze specifice.

Deși nici una dintre abordări nu este prin definiție superioară celorlalte, apreciem că eficiența reglementării obligației de loialitate depinde de flexibilitatea și permisivitatea acoperirii unor situații de nișă și individualităților fiecărui caz în parte. Arhitectura normativă urmărește în mare măsură structurile de administrare prezente în UE, în sistem unitar sau dualist. Un studiu comparativ al guvernantei corporative la nivelul statelor membre a concluzionat că simpla realocare legală a puterii decizionale către un organ de supraveghere pentru evaluarea operațiunilor între societate și

⁵² Verdam, A. F.: *Corporate opportunities: Over de toeëigening door functionarissen van aan de vennootschap toebehorende business opportunities*, Schoordijk Instituut, Tilburg, Center for Company Law Publications, 1995, p. 70 și Klaus, M.: *Corporate opportunities in a comparative perspective*, Tilburg University Paper Series, 2017, p. 57.

⁵³ Evers, M. E.: *Aandeelhouders en ongeschreven non-concurrentienormen*, Tijdschrift voor de Ondernemings-rechtpraktijk nr. 5/2011, p. 201.

⁵⁴ Tribunalul (rechtbank) Zwolle-Lelystad, decizia ECLI:NL:RBZLY:2008:BG0842, 30.01.2008.

⁵⁵ Legea finlandeză a societăților cu răspundere limitată, cap. 1, secțiunea 8 – *Duty of the management*, <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20060624.pdf> [accesat la data de 11.04.2018].

un membru al consiliului de administrație poate înlocui reglementarea conflictului de interese⁵⁶.

În urma cercetării comparative efectuate, apreciem că o definiție vastă a conflictului de interese oferă mult mai multă flexibilitate și transparență decât supravegherea realizată în sistemul dualist de administrare, însă în ciuda utilității reglementării conflictului de interese, sistemul dualist își păstrează avantajele în evitarea conflictelor de interese. Deși poate avea efectul blocării unor afaceri de către un consiliu de supraveghere prea strict, această structură asigură transparența decizională și protejează administratorii de orice suspiciune de conflict de interese. Mai mult, având în vedere că prezumția de bună-credință este ușor de răsturnat și greu de susținut de către administratori, iar regula judecății de afaceri nu își găsește aplicabilitatea în cazurile de încălcare a obligației de loialitate, sistemul dualist asigură cea mai clară protecție a actelor încheiate de un administrator și susceptibile de conflicte de interese.

Sistemul dualist nu reprezintă întotdeauna o soluție în varietatea de situații posibile, spre exemplu pentru a identifica autoritatea decizională în cazul aprobării unei operațiuni între societate și o altă persoană decât administratorul, o societate în care acesta are anumite interese sau este acționar sau administrator din umbră. În anumite state, ca Germania, jurisprudența a identificat aceste lacune legislative, iar consiliul de administrație își păstrează autoritatea reprezentării societății⁵⁷, administratorul vizat fiind îndepărtat de la vot.

Similar legii societăților din România, legea slovenă prevede în mod expres obligativitatea obținerii autorizării, de această dată din partea consiliului de supraveghere, în situațiile în care administratorul sau un membru al familiei sale deține cel puțin 10% din acțiunile societății cu care se încheie un contract, dacă este „partener” din umbră sau dacă obține prin alte mijloace profit din cealaltă societate. Chiar și în cazul în care

⁵⁶ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 448, p. 177.

⁵⁷ Curtea de Apel Saarbrücken, AG 2001, 483, comentată de Schulze, H. G.: *Geschäfte der Kapitalgesellschaft mit ihren Organmitgliedern – ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, England und Frankreich*, Ed. Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften vol. 29, Frankfurt am Main, 2009, p. 228.

administratorul deține mai puțin de 10% din acțiuni, se menține obligația de notificare a consiliului de supraveghere a societății administrate⁵⁸.

Soluții intermediare au fost propuse de Cipru, Irlanda, Malta și Marea Britanie. Deși aceste state nu interzic administratorilor interesați să voteze deciziile consiliului de administrație de validare a operațiunilor în conflict de interese, practica și clauzele actelor constitutive tind spre introducerea unei obligații de abținere de la vot. În plus, societățile listate la piețe publice sunt supuse în general unor cerințe adiționale mai stricte⁵⁹.

Pentru societățile nelistate pe o piață publică, legiuitorul belgian nu a prevăzut obligația administratorului de a se abține de la votul aprobării afacerii în conflict de interese, însă în anumite situații, această interdicție este inclusă în actul constitutiv. În cazul societăților listate pe o piață publică, el este oprit chiar și să participe la deliberările prealabile votului în cauză⁶⁰.

Un studiu comparativ al guvernantei corporative în UE⁶¹ a arătat că reglementarea prea generală sau simplistă a obligațiilor fiduciare, în special a obligației de loialitate, nu determină implicit scăderea nivelului de protecție a investitorilor. Deși regulile prea generale pot indica un nivel înalt de nesiguranță, mai ales în lipsa consacrării jurisprudențiale a unor situații clasice, statele nordice și țările baltice au demonstrat că libertatea contractuală este o valoare pe care piața a învățat să o aprecieze. Similar cu legea română, Cehia reglementează doar anumite tipuri de operațiuni în conflict de interese, precum contractele de împrumut și contractele de credit încheiate cu administratorii, garantarea creditelor acestora, transferurile gratuite de proprietate și transferurile de active care depășesc 10% din capitalul societății.

⁵⁸ Art. 38 alin. 1 din Legea slovenă a societăților – *Elimination of conflicts of interest* http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/zakonodaja/ZGD-1_PREVOD__13-12-12.pdf [accesat la data de 10.08.2018].

⁵⁹ Societățile listate la bursa londoneză pot opta între listare *standard* și listare *premium*, ultima fiind încărcată cu un set de reguli stricte stabilite de *UK Listing Authority*, printre care notificarea tranzacțiilor în conflict de interese sau între directori și acționari și obținerea autorizării adunării acționarilor în aceste cazuri.

⁶⁰ Art. 523 alin. 1 și 4 din Codul Comercial belgian definește conflictul de interese ca fiind „orice interes pecuniar direct sau indirect al unui administrator în legătură cu o decizie sau o operațiune care este de competența consiliului de administrație”.

⁶¹ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 448, pp. 10, 77.

Ungaria impune pe de altă parte obținerea aprobării din partea consiliului de administrație în cazul operațiunilor între administratori și o societate de tip închis, însă nu impune nici un fel de condiții în cazul societăților listate la bursă. Jurisprudența a recurs astfel la principiile generale ale reprezentării și ale contractului de mandat, care interzic dubla reprezentare și contractul cu sine însuși. Deși sistemul dualist este destul de răspândit, legea nu alocă puterea decizională consiliului de supraveghere în deciziile referitoare la conflictul de interese.

125. Am arătat anterior că fundamentele teoretice ale obligației de loialitate nu indică în mod necesar diferențe în conținutul sau efectele acesteia între jurisdicții. Toate statele privesc actele juridice încheiate între societate și administrator sau persoane apropiate acestuia ca fiind în conflict de interese. Statele membre au avut două alternative de abordare a operațiunilor susceptibile de conflicte de interese încheiate între un administrator și un terț.

Prima opțiune, a condiționării validării prin aducerea la cunoștință a operațiunii de către administrator și aprobarea acesteia de către administratorii neinteresați, a fost îmbrățișată de Danemarca și Suedia. După cum am arătat prin exemplele precedente, în statele care preferă sistemul unitar, administratorul nu participă la votul de aprobare a operațiunii, iar în structura dualistă, aprobarea operațiunii rămâne în competența consiliului de administrație.

A doua opțiune se referă la cele două tipuri de reglementări ale actelor juridice încheiate de administrator, clasică oportunitate de afaceri și codificarea obligației de neconcurență⁶².

Dreptul continental a îmbinat dispozițiile generale ale dreptului privat referitoare la obligația de loialitate cu înțelesul conferit acestei instituții de jurisprudența din Delaware, dând în final acestei noțiuni de dreptul societăților un înțeles larg în situațiile de conflicte de interese reale sau potențiale între un administrator și societate. În ciuda caracterului omogen al obligației de diligență și prudență în statele membre UE și a similarității formulării conduitei așteptate de la un administrator societar, politicile legislative de reglementare a conflictului de interese sunt vădit

⁶² A se vedea Dotevall, R., *art. precitat supra* 443, p. 292.

diferite⁶³ (Figura 4). Obligația de loialitate din terminologia de *common law* reprezintă o compilație de instrumente legale comparabile, care, chiar dacă nu sunt omogene, tind spre aceeași finalitate de protecție a valorilor morale, importanța componentei sociale crescând în ultimii ani. În dreptul continental se observă o varietate dispersată a standardelor fiduciare și a abordărilor normative și o tendință de limitare a câmpului de aplicare a obligației de loialitate la conflictele de interese. Deși nu se poate constata superioritatea vreuneia din abordări față de celelalte, se pare că eficiența reglementării depinde de flexibilitatea interpretării obligației de loialitate, iar anumite abordări determină o aplicare mai echitabilă decât altele.

Majoritatea statelor membre au adoptat norme exprese referitoare la operațiunile încheiate între administrator și societate și au ales fie reglementarea oportunităților de afaceri, fie interzicerea conduitei anticoncurențiale a administratorilor⁶⁴. Deși în majoritatea sistemelor de drept continental, obligația de loialitate se rezumă la conflictele de interese între administrator și societate, o reglementare exhaustivă a acestei noțiuni nu este întâlnită în multe state. Lipsa codificării sau o reglementare superficială a conflictelor de interese nu indică neapărat lacune ale sistemelor legale de drept societar, majoritatea jurisdicțiilor fiind familiare cu principiile fiduciare derivate din dreptul comun și din contractul de mandat⁶⁵.

Am arătat că sistemele legale în care se preferă administrarea societăților pe acțiuni în sistem dualist utilizează adesea această structură duală pentru distribuirea autorității între diferitele organe societare ca pe un mecanism de temperare a conflictelor de interese, ceea ce explică absența anumitor norme de reglementare în domeniu. Având în vedere opțiunile de legiferare ale majorității statelor membre, apreciem că viziunea dominantă a fost în sensul evitării creării unor noi fundamente dogmatice și a unei reglementări comprehensive, mecanisme care nu se dovedesc eficiente pentru interpretarea corectă a conflictelor de interese. Considerăm că în ceea

⁶³ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 448, p. 148.

⁶⁴ Cele mai cuprinzătoare reglementări se găsesc în Legea spaniolă (2010) și în *UK Companies Act* (2006).

⁶⁵ Nu doar jurisdicțiile de *common law* precum Cipru și Irlanda, dar și jurisdicții de drept civil, precum Germania, Franța, Ungaria, Letonia și Polonia extrag regulile fiduciare referitoare la conflictul de interese din dreptul comun.

ce privește conflictele de interese din guvernanța corporativă actuală, o reglementare a unor reguli generale, mai puțin exhaustive, este mai eficientă pentru prevenirea încălcărilor și asigurarea previzibilității legii.

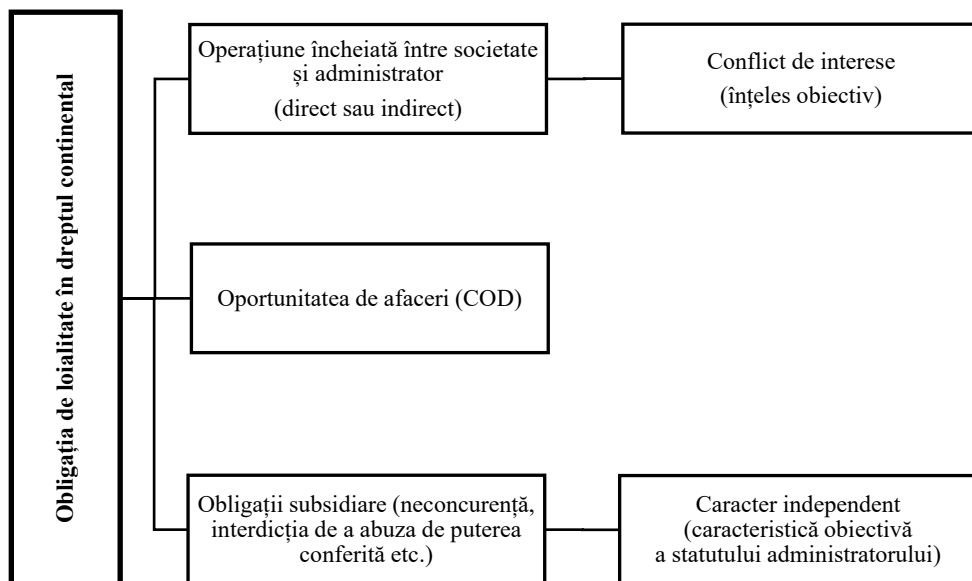


Figura 4. Reprezentarea obligației de loialitate în dreptul continental

4.4. Doctrina oportunității de afaceri și obligația de neconcurență

126. După cum am menționat în analiza obligației de loialitate din *common law*, situația oportunității corporative, numită în doctrina de drept continental „oportunitate de afaceri”, este adesea absorbită de dispozițiile referitoare la obligația de loialitate. Am arătat că exploatarea unei oportunități de afaceri de către un administrator reprezintă utilizarea unei informații relevante pentru obiectul de afaceri al societății, situație în care se impune identificarea dacă oportunitatea de afaceri aparține societății, ori dacă administratorul este liber să o folosească în avantajul său.

Dintre statele membre, Marea Britanie și Germania prezintă cele mai stricte reglementări ale oportunității de afaceri prin stabilirea unei obligații extinse a administratorilor. Interpretarea vastă a intereselor societății pe care administratorul este obligat să le protejeze și să le urmărească are ca efect interdicția exploatării oportunităților fără aprobarea prealabilă din partea

societății. Analizarea legăturii oportunității cu societatea administrată și valoarea acesteia pentru strategia de afaceri este subliniată de doctrină, în scopul evitării interzicerii injuste a folosirii oportunității de către un administrator și subminarea esenței obligației de loialitate, dar totodată pentru a nu descuraja persoanele cu experiență în afaceri de a ocupa poziții de management. Se subliniază adesea importanța alocării oportunităților de afaceri societății doar în cazurile în care aceasta este în legătură cu obiectul de activitate al societății și doar atunci când societatea ar avea capacitățile de a utiliza oportunitatea⁶⁶.

Interpretarea strictă aleasă de Marea Britanie condiționează exploatarea oportunității de către un administrator de aprobarea din partea societății, dacă acesta a aflat despre oportunitatea în cauză pe durata mandatului său⁶⁷. La polul opus de află statele nordice, care au optat pentru reglementări la nivel de principiu, prin interzicerea impusă administratorului de a derula acte sau fapte care sunt în măsură să ofere un avantaj nejustificat unui acționar sau altei persoane, în dezavantajul societății sau a altui acționar⁶⁸. Doctrina britanică menționează două reguli care determină câmpul de aplicare a doctrinei oportunității de afaceri, respectiv *no-conflict rule*, care impune evitarea conflictului de interese cu societatea administrată și *no-profit rule*, respectiv interzicea dobândirii unui profit personal de către administrator prin exploatarea activelor, oportunităților și informațiilor societății⁶⁹. Jurisprudența a evoluat de la aplicarea ambelor reguli doctrinare, la preferarea exclusivă a celei de-a doua⁷⁰, angajând aproape automat răspunderea administratorului care a intrat într-un conflict de interese cu cei pe care avea obligația să îi protejeze, fără a obține aprobarea prealabilă a societății, și obligând administratorii la restituirea profiturilor astfel obținute⁷¹.

⁶⁶ A se vedea Lowry, J., *art. precitat supra* 450, p. 615.

⁶⁷ Secțiunea 170 (2) *UK Companies Act 2006*.

⁶⁸ Legea societăților din Danemarca, secțiunea 107, Legea suedeză a societăților capitolul 8, art. 41.

⁶⁹ A se vedea Klaus, M., *art. precitat supra* 456, p. 45.

⁷⁰ Cauza *Aas v. Benham*, 2 Ch. 244, Court of Chancery of England and Wales, 1891; cauza *O'Donnell v. Shanahan*, 751B.C.C. 822, England and Wales Court of Appeal, Civil Division, 2009.

⁷¹ Hearnden, B., Howley, S.: *Directors' conflicts under the Companies Act 2006 considered*, Company Law Newsletter 239, CMS Law-Now, Londra, 2008.

127. Obligația de neconcurență este prevăzută sub diferite forme în statele membre, însă efectele încălcării interdicției și situațiile avute în vedere nu diferă semnificativ între jurisdicții. Un administrator care desfășoară activități în altă societate cu obiect de activitate similar va răspunde atât în Germania, cât și în Marea Britanie. Însă când noțiunea de oportunitate de afaceri este interpretată într-o manieră vastă, precum în Marea Britanie, aceasta va acoperi și alte cazuri în afară de concurența în sens limitat⁷² și va restrânge în mod considerabil spațiul de acțiune al administratorilor. Flexibilitatea interpretării britanice conduce la o obligație subînțeleasă a administratorilor de a evita orice fel de activități care ar putea da naștere unei suspiciuni de concurență. Același efect este întâlnit în Danemarca, Germania și Suedia.

Lipsa prevederii legale sau contractuale a obligației de neconcurență ar permite unui administrator să se implice în altă societate, chiar și una concurentă, atâta timp cât nu exploatează în folosul său o oportunitate de afaceri. Pe de altă parte, dacă statele optează să reglementeze exclusiv interdicția de a exploata o oportunitate de afaceri, s-ar permite administratorilor alte modalități de conduită neloială, care sunt în dezavantajul societății administrate, precum administrarea unei societăți concurente sau deținerea pachetului majoritar de acțiuni la o societate cu același obiect de activitate.

State precum Franța sau țările nordice nu reglementează nici obligația de neconcurență și nici nu interzic exploatarea oportunităților de afaceri. Jurisprudența le asimilează însă cazurilor de aplicare a principiilor generale ale contractului de mandat. Aceste instituții reprezintă fundamentul juridic al obligației de loialitate în aceste state, la fel ca în multe jurisdicții de drept civil, astfel încât juxtapunerea principiilor generale de drept civil cu obligațiile fiduciare din guvernanța corporativă este o evoluție firească.

Eficiența reglementării oportunităților de afaceri depinde în primul rând de identificarea scopului exploatarea oportunității de către administratori și a condițiilor de utilizare a unei oportunități care aparține societății, respectiv informare sau aprobare *ex ante* de către un organ independent. În al doilea rând, identificarea caracterului real și actual al

⁷² A se vedea Dotevall, R., *art. precitat supra* 443, p. 293.

oportunității este o dimensiune importantă pentru stabilirea conduitei administratorului.

În general, legiuitorii au două opțiuni în privința abordării oportunităților de afaceri. Anumite state optează pentru o abordare strictă, care menționează situații limitative în care se aplică această doctrină, abordare care supune administratorii unui risc redus de angajare a răspunderii. Caracterul strict al reglementării facilitează urmărirea corectă a oportunităților de către administrator în interes propriu și contribuie la o alocare eficientă a resurselor societății⁷³. O abordare generală, care nu specifică gama de situații întâlnite în practica statului respectiv asigură însă protecția acționarilor, deoarece nu limitează conflictul de interese la afaceri între societate și administrator, ci include și conflicte de interese construite indirect prin relațiile dintre societatea administrată și alte entități în care administratorul are un interes.

Aceleași strategii generale se observă și în rândul altor state membre UE. Prima opțiune, specifică jurisdicțiilor de *common law*, presupune o interdicție generală în sarcina administratorilor, de a nu utiliza în interes propriu nicio informație sau șansă de afaceri a societății, incluzând această situație în gama conflictelor de interese. Un alt grup de state a absorbit această doctrină în obligația de neconcurență.

Toate statele membre permit, într-o formă sau alta, utilizarea oportunităților de afaceri de către administratori, în urma obținerii aprobării consiliului de administrație, a consiliului de supraveghere sau din partea acționarilor, după caz, și niciun stat membru nu prevede o interdicție absolută în acest sens. Majoritatea statelor aplică sistemul aprobării prealabile atât în cazul conflictelor directe, atunci când administratorul utilizează în nume propriu oportunitatea, cât și în situațiile de conflict de interese indirect, prin implicarea administratorului într-o activitate care prezintă un interes financiar real sau potențial pentru societate. Diferențele majore se observă între abordarea celei de-a doua dimensiuni a doctrinei oportunității de afaceri, respectiv legătura dintre oportunitate și societatea în cauză, iar particularitățile fiecărui stat pot fi corelate cu strategia legislativă specifică.

⁷³ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 448, p. 178.

Regula de neconcurență cu societatea reprezintă o abordare legislativă mai îngustă, deoarece implică derularea unei activități economice din sfera obiectului de activitate al societății administrate și are în vedere doar conflictele actuale și reale de concurență, excluzând conflictele de concurență potențială. Observăm că în statele care au optat pentru reglementarea obligației de a nu exploata oportunitatea de afaceri fără autorizare prealabilă din partea societății se iau în considerare toate situațiile de conflict de interese prezente sau potențiale, deci inclusiv utilizarea unei oportunități care se circumscrie activităților curente ale societății, cu considerarea posibilităților financiare ale societății de a se angaja în afacerea respectivă.

Reglementarea estoniană a obligației de loialitate împrumută elementele contractului de mandat⁷⁴, iar jurisprudența utilizează condițiile bunei-credințe⁷⁵ pentru analizarea conflictului de interese. Actele juridice încheiate prin dublă reprezentare sau cu sine însuși sunt supuse aprobării unui organ superior, la fel ca în dreptul german, însă acționarii pot renunța la această autorizare prin actul constitutiv⁷⁶. Autorizarea nu este necesară în cazul operațiunilor care se înscriu în afacerile curente ale societății sau dacă sunt încheiate la prețul de piață⁷⁷. În cazul în care prețul depășește media pieței, se va cere aprobarea consiliului de supraveghere, însă informarea acționarilor nu este obligatorie⁷⁸. Apreciem interesantă această abordare, întâlnită și în dreptul german, însă izolată în rândul statelor membre UE, deoarece pentru asigurarea transparenței și a justificării îndeplinirii obligației de loialitate, informarea consiliului de supraveghere sau a acționariatului ar fi de dorit chiar și în cazurile permise de lege. În cazul în

⁷⁴ Art. 35 Codul Civil estonian, art. 620 din Legea estoniană a obligațiilor, *Diligence of mandatary upon performance of mandate*, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013011/consolide> [accesat la data de 10.08.2018].

⁷⁵ Curtea Supremă din Estonia, decizia nr. 3-2-1-41-03, 30.04.2003, RT III 2003 pct. 17,164 și 3-2-1-41-05, 11.05.2005, RT III 2005, punctele 17,181.

⁷⁶ Art. 168(1) Cod Comercial estonian – Drepturile acționarilor, art. 181(3-4) și art. 307 (3-4) – Dreptul de reprezentare al membrilor consiliului de administrație, art. 317(8) – Consiliul de supraveghere. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/504042014002/consolide> [accesat la data de 10.08.2018].

⁷⁷ Art. 181(3) și art. 307(3) Cod Comercial estonian.

⁷⁸ Madisson, K.: *Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis*, RGSL Research Papers nr. 7, Riga Graduate School of Law, 2012, p. 6.

care consiliul de supraveghere refuză aprobarea operațiunii, nu se prevede o alternativă. În Germania în schimb, consiliul de administrație poate înainta cererea adunării acționarilor.

Contractele încheiate de societate cu membrii consiliului de administrație sau ai consiliului de supraveghere vor trebui raportate acționarilor, la fel cum prevede și dreptul german⁷⁹. În cazul în care un mandatar acționează în calitate de reprezentant al ambelor părți ale unei operațiuni, legea prezumă încălcarea obligației de loialitate⁸⁰. În plus, obligația de confidențialitate este subsumată loialității, deoarece are ca obiect păstrarea secretelor de afaceri⁸¹. Pe durata mandatului, membrii consiliului de administrație sunt obligați să ceară aprobarea consiliului de supraveghere, sau, în societățile administrate în sistem unitar, a acționarilor, pentru a fi asociați sau administratori într-o societate din aceeași branșă.

Codul Comercial portughez reglementează obligația de neconcurență⁸², iar literatura juridică menționează aplicarea doctrinei oportunității de afaceri dacă aceasta se circumscrie obiectului de activitate al societății ori dacă societatea și-a exprimat interesul în acest sens, fiind în negocieri, ori dacă a primit deja o ofertă de contract⁸³. Observăm că Portugalia privește oportunitatea de afaceri într-un sens mult mai larg decât cel dezvoltat de jurisprudența de *common law* prin adăugarea unor condiții suplimentare de identificare a oportunității în cazul în care oportunitatea este doar potențială pentru societate. Această interpretare doctrinară confirmă de altfel intenția legiuitorului portughez de a stabili obligația generală de neconcurență a administratorului cu societatea administrată.

128. Anumite state, precum Franța, Belgia, Luxemburg, Olanda și țările nordice, nu au introdus reglementări exprese cu privire la oportunitățile de afaceri, însă includ în mod obișnuit clauza de neconcurență

⁷⁹ Legea estoniană a contabilității, secțiunea 1 și Decizia Curții Supreme RT I 2002, 102, 600/20.11.2002.

⁸⁰ Art. 131(1) Cod Civil estonian, Decizia Curții Supreme nr. 3-2-1-68-06, 14.09.2006, RT III 2006, 30, 266.

⁸¹ Varul, P.: *The duties of the members of the corporations management body. Legal basis of their liability*, Law office Paul Varul Newsletter, 2009-11.

⁸² Art. 398(3) din Codul portughez al societăților comerciale.

⁸³ Coutinho de Abreu, J. M.: *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, Reformas do Código das Sociedades nr. 3, Almedina 2007, pp. 26-27.

în contractul de administrare, iar orice activitate a administratorului care face concurență societății administrate va atrage angajarea răspunderii sale contractuale.

În dreptul francez, existența unei obligații generale de loialitate este necontestată, însă fundamentul legal al acesteia rămâne neclar. Doctrina franceză recentă privește exploatarea oportunităților de afaceri de către un administrator similar faptelor penale, fiind numită *l'abus des biens sociaux*⁸⁴. În mod similar, instanțele belgiene recurg la dreptul comun pentru erorile de administrare și pentru neîndeplinirea mandatului în mod corespunzător⁸⁵. Luxemburg, care se dorește a fi un stat deschis investitorilor și stabilirii societăților de pretutindeni, derivă obligația de loialitate din dreptul comun, însă datorită caracterului de libertate contractuală, instanțele sunt reticente în a interveni în cazurile de conduită anticoncurențială a administratorilor sau de exploatare a oportunităților de afaceri⁸⁶. Anumite state au optat să nu reglementeze oportunitățile de afaceri, precum Olanda, România și țările nordice, în special datorită lipsei unei jurisprudențe bogate în domeniul conflictului de interese, care să atragă atenția necesității unei reglementări distincte, însă legea română atinge tangențial problema oportunităților de afaceri în art. 153 ind. 15 din Legea societăților prin reglementarea obligației de neconcurență.

Deși doctrina de drept francez apreciază că doctrina oportunităților de afaceri este asociată cu obligația de loialitate doar în jurisdicțiile de *common law*⁸⁷, apreciem că se poate observa același fenomen și în dreptul continental, inclusiv în Franța. Dreptul francez a fost criticat din această

⁸⁴ Exploatarea injustă a oportunității de afaceri poate constitui o faptă penală, *l'abus des biens sociaux*, Cozian, M.: *Droit des sociétés*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2007, p. 617. Obligația de loialitate a fost recunoscută în Franța în anul 1996 prin celebrul caz *Vilgrain*, Cass. Com JCP E 1996, II, 838, 27 februarie 1996.

⁸⁵ Art. 527 din Codul belgian al societăților prevede că: „*Les administrateurs... sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.*”

⁸⁶ Art. 57 din Legea luxemburgheză a societăților, Hoss, P.: *Legislation relating to commercial companies – in force as of 27 July 2018*, Elvinger Hoss Luxembourg Law, 2018. <https://www.elvingerhoss.lu/sites/default/files/documents/publications/EHP-Law-of-10th-August-1915-on-commercial-companies.pdf>, [accesat la data de 11.04.2018].

⁸⁷ Koch, J.: *Law of Corporate Opportunities: A Comparative Analysis*, Revue Droit & Affaires, Université Panthéon-Assas, Paris, 2015, p. 42.

perspectivă, deoarece aplicarea restrânsă a normelor legale sugerează că aplicabilitatea obligației de loialitate nu s-ar putea răsfrânge asupra oportunităților de afaceri care nu au un scop comercial în sine, deoarece instanțele preferă dispozițiile generale ale dreptului comun în locul vizunii de ansamblu a corectitudinii și a echității⁸⁸.

Exploatarea unei oportunități de afaceri de către un administrator sau un salariat cu atribuții executive poate constitui o faptă penală prin aplicarea dispozițiilor referitoare la *abus de biens sociaux* sau *abus de pouvoirs*⁸⁹. Apreciem că din această perspectivă, criticile doctrinare sunt corecte, iar aceste norme rigide care impun ca sancțiune amenda penală nu sunt adecvate pentru aplicarea sau interpretarea doctrinei oportunităților de afaceri. În situațiile în care oportunitatea nu este exploatată prin utilizarea resurselor societății, îmbrățișăm criticile referitoare la aplicarea *abus de biens sociaux*. Dacă administratorii nu se folosesc de puterea conferită, apreciem că nu se justifică îndeplinirea condițiilor *abus de pouvoirs*⁹⁰, iar încadrarea oportunităților de afaceri în obligația generală de neconcurență ar fi mai oportună (*concurrence déloyale*).

În ceea ce privește interpretarea doctrinei oportunității de afaceri, majoritatea statelor membre UE au optat fie pentru includerea acestora în dispozițiile referitoare la conflictul de interese, fie pentru aplicarea testului obiectului de afaceri, *line of business test*⁹¹. În practică însă, aplicarea celor două strategii are efecte similare, deoarece societățile sunt în general interesate să aibă un drept de veto în ceea ce privește afacerile care se înscriu în obiectul lor de activitate. Deși nu putem generaliza pentru toate

⁸⁸ A se vedea Kraakman, R.: *The anatomy of corporate law*, ediția a 2-a, Ed. Oxford University Press, Londra, 2009, capitolul 2.1. și Johnson, S.: *Tunneling*, American Economic Review nr. 90/2000.

⁸⁹ Art. L. 242-6 din Code de Commerce. A se vedea Koch, J., art. precitat supra 491, p. 46; Gevurtz, F.: *Corporation Law*, ediția a 2-a, Ed. West Group, Minnesota, 2000, p. 478 și Kraakman, R., supra 492, p. 166.

⁹⁰ Mousseron, P., Saucier, L.: *Un dirigeant peut-il profiter d'une opportunité offerte à sa société?*, Les Échos online, martie 2003 și Lemercier, K.: *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, 1er edition, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

⁹¹ Corradi, M. C.: *Securing corporate opportunities in Europe – comparative notes on monetary remedies and on the potential evolution of the remedial system*, Lund University Journal of Corporate Law Studies vol. 18/2018, pp. 441-442.

jurisdicțiile din statele membre UE, observăm că în ciuda contextelor procedurale diferite din sistemul de drept civil, jurisprudența franceză și doctrina și practica germană au urmat în mod fidel modelul oportunității de afaceri sugerat de practica instanțelor din Delaware.

Am menționat că dreptul francez nu reglementează expres obligația de loialitate, iar jurisprudența a început să extindă formularea jurisprudențială franceză a obligației de loialitate la doctrina oportunităților de afaceri⁹². În anul 2011, Curtea Supremă a apreciat că un administrator care negociază afaceri în beneficiul său, într-un domeniu similar cu cel al obiectului de activitate al societății, încalcă obligația de loialitate, cu atât mai mult cu cât nici măcar nu a informat societatea despre aceasta⁹³. Această asociere a doctrinei oportunității de afaceri cu obligația de loialitate a fost urmată de jurisprudența de după anul 2011⁹⁴. Totodată, legea franceză condiționează încheierea operațiunilor în conflict de interese de aprobarea acestora în consiliul de administrație, cu condiția abținerii de la vot a administratorului interesat și a verificării consecințelor pentru societate. În plus, obligația de loialitate este datorată pe durata mandatului societar și încetează odată cu expirarea acestuia⁹⁵.

Observăm o convergență a jurisprudenței franceze actuale cu jurisprudența de *common law*, în special din Delaware. Deciziile menționate relevă importanța pe care instanța o acordă *line of business test* și verificarea posibilităților avantaje ale societății în cazul în care ar fi optat pentru urmărirea oportunității de afaceri. Din motivările expuse reținem că, instanțele au subliniat condiția informării societății, prin consiliul de administrație și/sau acționari, pentru a putea urmări oportunitatea⁹⁶. Deși instanțele nu

⁹² Cass. Com., decizia IV 158, 6 iunie 2001, prin care instanța supremă a apreciat că înființarea unei societăți concurente de către un membru al consiliului de administrație și atragerea clientele societății administrate reprezintă o încălcare a obligației de loialitate.

⁹³ Cass. Com., cauza *DL Finance c/ Albiac*, no.10-15.049, 15.11.2011.

⁹⁴ Couret, A., Dondero, B.: *La captation des opportunités d'affaires et le droit des sociétés*, Juris-Classeur périodique, édition entreprise vol. 50/2011 și Le Nabasque, H.: *Obligation de non-concurrence des associés et dirigeants de sociétés*, Bulletin Joly Sociétés nr. 2/2012.

⁹⁵ Cass. Com., cauza *Darrès c/ Société Locam*, no.00-11.602, 12 februarie 2002.

⁹⁶ Cass. Com., cauza *Kopcio*, no. 96-12.638, 1998, prin care instanța a apreciat că în baza obligației de loialitate, administratorul nu era îndreptățit să desfășoare acte comerciale concurente obiectului de activitate al societății.

menționează în mod expres necesitatea obținerii unei aprobări prealabile, apreciem că această informare este interpretată de jurisprudență ca o aprobare, altfel, valoarea informării ar fi irelevantă. Observăm că doctrina franceză a preluat nu doar formularea *opportunités d'affaires*, ci și asocierea tradițional americană a oportunității de afaceri cu obligația de loialitate⁹⁷. În plus, remarcăm și importul unor tehnici judiciare, precum abordarea unei evaluări judiciare similară probei corectitudinii și a echității pentru analiza conduitei fiduciare în lipsa unei culpe dovedite. Nu intenționăm să susținem că această convergență va continua până la o suprapunere perfectă, deoarece obligația de loialitate este profund ancorată în dreptul privat francez și reprezintă doctrina centrală a diferitelor principii de guvernanta corporativă, însă observăm flexibilitatea instituțiilor, care reacționează la schimbările pieței și la imperativele impuse de globalizarea lumii de afaceri, fără a altera caracteristicile inerente ale instituțiilor sale.

129. În guvernanta corporativă germană, oportunitatea de afaceri este tratată exhaustiv în doctrină, care dezaproabă utilizarea oportunităților de afaceri de către un administrator în beneficiul propriu sau al apropiaților. Aceste fapte sunt privite ca fiind ilicite dacă presupun negocierea unor termeni contractuali favorabili pentru administrator sau familia sa, iar societatea se bucură de condiții mai puțin favorabile. Doctrina apreciază că un administrator este obligat să prezinte unui organ superior oportunitatea de afaceri de care a luat cunoștință, anume consiliului de supraveghere sau adunării acționarilor, doar în situația în care aceasta se înscrie în obiectul de activitate al societății și administratorul apreciază că o poate folosi în propriul interes, deoarece este incompatibilă cu obiectul de activitate, cu strategia de afaceri sau cu situația financiară actuală a societății⁹⁸.

Obligația de neconcurență este prevăzută de legea germană⁹⁹ într-o manieră foarte strictă pe durata mandatului și se poate prelungi convențional. Fără nicio conduită activă a administratorului, acesta denotă o atitudine neloială dacă deține personal sau prin interpuși acțiuni majoritare

⁹⁷ A se vedea Koch, J., *art. precitat supra* 491, p. 52.

⁹⁸ Loos, A.: *Directors' Liability: A Worldwide Review*, Ed. Kluwer Law International, Haga, 2006, p. 286.

⁹⁹ Art. 88 din Legea germană a societăților pe acțiuni, art. 112-113 din Codul Comercial.

într-o societate concurentă. Obligația de loialitate (*Treuepflicht*) include diferite obligații subsidiare, precum exercitarea puterilor în scopurile în care au fost conferite, obligația de a nu urmări oportunități legate de afacerile curente sau planificate de societate și obligația de a nu se angaja în afaceri sau contracte în branșa în care activează societatea, în nume propriu¹⁰⁰ sau în numele altora, decât dacă acea operațiune este absolut necesară pentru îndeplinirea unei obligații contractate anterior ocupării funcției de administrator¹⁰¹.

Legea germană include doctrina oportunității de afaceri în interdicția generală pentru administrator de a face concurență societății¹⁰². Se disting două tipuri de activități concurente, administrarea concomitentă a unei altei societăți, indiferent de obiectul ei de activitate, și realizarea actelor de comerț în același domeniu de activitate cu cel al societății. Legiuitorul german urmărește concentrarea atenției administratorului către societatea pe care o administrează și efectul este evitarea conflictelor de interese.

Administratorul este privit ca un mandatar și nu are dreptul să reprezinte societatea în afaceri încheiate în nume propriu ori cu terți reprezentați de el, astfel încât dreptul de reprezentare va fi stabilit de consiliul de supraveghere¹⁰³. Observăm că regula nu se aplică în cazul contractelor încheiate cu persoane apropiate administratorului, membri de familie sau societăți unde este acționar, iar aprobarea consiliului de supraveghere nu este necesară. Funcția de reprezentare a administratorilor este subliniată în această construcție, deoarece în cazul în care administratorul nu acționează ca reprezentant al celeilalte părți, legea nu prezumă existența unui conflict de interese. În cazul în care societatea încheie contracte cu un administrator în nume propriu, jurisprudența privește

¹⁰⁰ Sieg, O.: *Directors' Liability and Indemnification*, Ed. Globe Law&Business, Londra, 2011, p. 119.

¹⁰¹ A se vedea Madisson, K., *op. cit. supra* 482, p. 46.

¹⁰² Art. 88 alin. 2 din Legea germană a societăților pe acțiuni – obligația de neconcurență.

¹⁰³ Art. 112 din Legea societăților pe acțiuni (*Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern*). Natura relației de mandat se deduce din art. 181 Cod Civil și art. 78 din Legea societăților pe acțiuni. Mandatul social există în dreptul german încă de la sfârșitul secolului XIX sub diferite forme, *fiduziarische Treuhand*, *Vollrechtstreuhand*, chiar și relația fiduciară era numită *Treuhandverhältnis*, instituții derivate din dreptul roman.

obligativitatea informării acționarilor¹⁰⁴. Doctrina este deschisă posibilității descărcării administratorilor de interdicția dublei reprezentări și a contractului cu sine însuși, dacă aceste libertăți sunt conferite prin hotărâre AGA sau prin actul constitutiv¹⁰⁵.

Literatura juridică privește regimul răspunderii administratorilor societăților germane ca pe un amalgam dintre norme stricte și norme flexibile. Apreciem că, în ansamblu, guvernanta corporativă germană este unul dintre cele mai stricte regimuri dintre statele membre, însă implementarea obligațiilor și angajarea efectivă a răspunderii patrimoniale a administratorilor nu are loc în toate cazurile. În practică se reține încălcarea obligațiilor fiduciare pentru simple conduite neglijente, astfel încât doctrina menționează în mod repetat importanța pe care administratorii trebuie să o acorde obligației de loialitate la luarea oricărei decizii de afaceri, indiferent de cuantumul financiar implicat¹⁰⁶. Jurisprudența contemporană verifică existența unei legături formale sau materiale a oportunității cu societatea¹⁰⁷.

În doctrina germană, similar cu cea din SUA și Marea Britanie, oportunitatea de afaceri este asimilată obligației de loialitate, care este prevăzută atât ca o obligație pozitivă a titularilor obligațiilor fiduciare de a acționa potrivit intereselor societății cât și ca o obligație negativă de a nu cauza prejudicii intereselor societății, ultima cuprinzând interdicția exploataării unei oportunități de afaceri¹⁰⁸. Interdicția derivă din obligația de loialitate prevăzută de Legea societăților pe acțiuni și este interpretată de doctrină ca un mecanism care împiedică membrii consiliului de administrație să își utilizeze cunoștințele și influența dobândită prin poziția ocupată în propriul folos¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Curtea Supremă de Justiție a Republicii Federale Germania, decizia ZR 91/13.06.1984, pct. 334 și urm.

¹⁰⁵ Baums, T.: *Personal Liabilities of Company Directors in German Law*, discurs susținut la Conferința Asociației juriștilor germano-britanici, aprilie 1996.

¹⁰⁶ Wagner, G.: *Officers' and Directors' Liability under German Law – A Potemkin Village*, Theoretical Inquiries in Law nr. 16.1, Universitatea din Tel Aviv, 2015.

¹⁰⁷ A se vedea Klaus, M., *art. precitat supra* 456, p. 52.

¹⁰⁸ Kaya, Z.: *Die Anwendung der Geschäftschancenlehre auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Zeitschrift für deutsches Steuerrecht nr. 36/2013, RSW Beck, München 2013, p. 1088.

¹⁰⁹ Hauschka, C. E., Moosmayer, K., Lösler, T.: *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, ediția a. 3-a, Ed. C. H. Beck, München, 2016, cap. 9-10.

Potrivit jurisprudenței germane, care acordă importanță testului american al verificării obiectului de afaceri al oportunității, oportunitatea de afaceri aparține societății dacă aceasta a încheiat în trecut un contract cu un obiect similar¹¹⁰, dacă a ajuns într-un stadiu avansat al negocierilor contractuale cu același partener de afaceri¹¹¹, ori dacă oportunitatea a fost oferită unui membru al consiliului de administrație în capacitatea sa de reprezentant al societății¹¹². În plus, oportunitatea este considerată ca aparținând societății dacă aceasta și-a exprimat interesul¹¹³ sau o decizie clară în acest sens¹¹⁴, ori dacă exploatarea oportunității presupune utilizarea resurselor societății. În aceste ultime soluții pronunțate înainte de anul 2000, apreciem că jurisprudența timpurie referitoare la oportunitățile de afaceri îmbrățișa principiile jurisprudenței americane care a influențat importul acestei doctrine, iar prin aplicarea *line of business test*, jurisprudența germană s-a îndepărtat de inflexibilitatea caracteristică. Jurisprudența germană a preluat doctrina oportunităților de afaceri prin studiul jurisprudenței americane, astfel încât *line of business test* a fost adoptat cu succes și de doctrină¹¹⁵.

4.5. Remarci preliminare ale analizei comparative a loialității în unele state membre UE

130. În urma studiului soluțiilor din jurisprudența franceză timpurie cu privire la doctrina oportunităților de afaceri, apreciem că transplantul acestei doctrine în alte sisteme de drept trebuie adaptat la contextul legislativ, la structurile procedurale și la cultura juridică tradițională. În caz

¹¹⁰ Curtea Supremă de Justiție a Germaniei (BGH), secția civilă, decizia II ZR 104/75, WM 1977, 11.10.1976.

¹¹¹ BGH, Secția pentru conflicte de muncă, Cauza 3 AZR 22/67, BB 1968, 11.12.1967.

¹¹² BGH, Cauza II ZR 126/65, WM 1967, 679, 08.05.1967.

¹¹³ BGH, Cauza II ZR 104/73, WM 1976, 24 noiembrie 1975.

¹¹⁴ BGH, Cauza II ZR 229/88, NJW, 2687, 08.05.1989.

¹¹⁵ Timm, W.: *Wettbewerbsverbot und Geschäftschance*, Lehre im Recht der GmbH, GmbH-Rundschau, 1981, p. 177 și Fleischer, H.: *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im Englischen und Deutschen Gesellschaftsrecht*, în vol. Taeger, J., Wiebe, A.: *Informatik – Wirtschaft – Recht. Regulierung in der Wissensgesellschaft: Festschrift für Wolfgang Kilian*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2004.

contrar, am relevat că jurisprudența va opune rezistență unor importuri legale care sunt prea diferite de instituțiile fundamentale de drept privat, iar soluțiile pronunțate vor fi în defavoarea dezvoltării jurisprudenței în consens cu evoluția piețelor de afaceri¹¹⁶. Observăm că importurile unor instituții de *common law* în dreptul continental nu reprezintă neapărat importuri legislative *per se*, ci simple transplanturi ale unor instituții care sunt încorporate în sistemul juridic și în legislația națională, conform tradiției juridice și în ritmul caracteristic. Exemplele pot fi multiple, obligațiile fiduciare, doctrina oportunității de afaceri, standardele de evaluare sau diferite interpretări jurisprudențiale¹¹⁷. Provocările transplantelor juridice pot fi cu atât mai nuanțate, cu cât în sistemul de drept civil, jurisprudența nu reprezintă un izvor principal de drept, însă practica judiciară este cea determinantă pentru schimbările motivărilor, care pot fi absorbite treptat de instanțe și de participanții la actul de justiție.

Apreciem că în urma importului cu succes al unor instituții în legătură cu obligațiile fiduciare în statele europene, adaptarea lor în alte jurisdicții se dovedește a nu fi mereu la fel de problematică¹¹⁸. Prin interacțiunea lor cu cultura legislativă și jurisprudențială, o aplicare adaptată poate fi atinsă în timp. Autorii unui studiu francez-american de analiză a transplantelor legislative au apreciat că „tradițiile juridice nu reprezintă mase care se resping, ci curenți capabili să se unească, să se influențeze și eventual să navigheze în jurul dimensiunilor variate ale unei instituții”¹¹⁹.

Majoritatea statelor au ales să reglementeze oportunitățile de afaceri, normele fiind în general o dezvoltare a obligației preexistente de a evita conflictele de interese. Versiunea britanică este cea mai amplă, iar jurisprudența a construit treptat și limitele acestei doctrine, răspunzând la întrebări care sunt de actualitate în toate statele europene. Instanțele

¹¹⁶ Martin, G., Helleringer, G.: *Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law*, Berkeley Business Law Journal nr. 15/ 2018, p. 140.

¹¹⁷ Cabrelli, D., Siems, M.: *Convergence, Legal Origins, and Transplants in Comparative Corporate Law: A Case-Based and Quantitative Analysis*, American Journal for Comparative Law nr. 63/2015, p. 109.

¹¹⁸ Fleischer, H.: *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2004, p. 1129.

¹¹⁹ A se vedea Martin, G., Helleringer, G., art. precitat *supra* 520, p. 153.

britanice au explicat faptul că, nu prezintă importanță modalitatea în care administratorii au luat la cunoștință oportunitatea în cauză, în exercitarea funcției de administrare sau în timpul liber, la fel cum este irelevant dacă oportunitatea se înscrie în obiectul de activitate al societății. Ceea ce prezintă relevanță este verificarea intenției societății de a-și lărgi obiectul de activitate sau de a schimba strategia de afaceri astfel încât oportunitatea să fie de interes. În plus, jurisprudența britanică indică o tendință de flexibilizare, în sensul considerării efortului și provocărilor pe care societatea le-ar întâmpina în cazul în care ar opta pentru exploatarea oportunității, precum procese de schimbare a obiectului de activitate și impedimentele legale¹²⁰. Se poate observa că în lipsa unei jurisprudențe bogate, jurisdicțiile de influență britanică, precum Irlanda, Malta și Cipru, nu abordează la fel de comprehensiv doctrina oportunităților de afaceri.

Austria, Germania și Slovenia¹²¹, care fac parte din aceeași familie de drept, s-au influențat reciproc prin abordări legislative și jurisprudență, rezultatul fiind reguli similare privind conflictul de interese. Aceste jurisdicții au optat pentru reglementarea conflictului de interese în înțeles larg, prin interzicerea absolută a titularilor obligațiilor fiduciare de a face parte din conducerea altor societăți, indiferent de obiectul de activitate, pentru a-și focaliza atenția asupra societății pe care o administrează. Aceste state interzic contractul cu sine însuși doar dacă administratorul este implicat în vreun fel în branșa din care face parte societatea administrată și aplică regulile obligației clasice de neconcurență. Această abordare nu corespunde spiritului clasic al doctrinei de *common law* și tendinței europene, care asociază aceste cazuri conflictului de interese, în încercarea flexibilizării și interpretării deschise a oportunității de afaceri. Tendința europeană este în sensul restrângerii noțiunii de concurență la cazurile din același domeniu de activitate ca și cel al societății administrate. Observăm tendința acestor state de a permite anumite operațiuni care sunt susceptibile de conflicte de interese, spre exemplu utilizarea oportunităților de afaceri de către

¹²⁰ Pentru o selecție de jurisprudență relevantă, a se vedea Davies, P., Worthington, S.: *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, ediția a 9-a, Ed. Sweet & Maxwell, Londra 2012, p. 164.

¹²¹ Art. 79(1) din Legea austriacă a societăților pe acțiuni, art. 88(1) din Legea germană a societăților pe acțiuni.

administratori pentru operațiunile care sunt de interes economic potențial pentru societate, dar nu se înscriu în operațiile curente.

Italia, Malta și Spania au ales să reglementeze atât obligația de neconcurență, cât și oportunitățile de afaceri, separând în mod clar câmpul de aplicare al fiecăreia. Doctrina oportunităților de afaceri este formulată în Malta într-o manieră deschisă și flexibilă, iar obligația de neconcurență privește activitățile curente ale societății sau care pot fi prevăzute în mod rezonabil pentru viitorul apropiat. În Italia și Spania obligația de neconcurență era prevăzută în mod tradițional, iar doctrina oportunităților de afaceri a fost introdusă recent¹²².

Observăm așadar că absența reglementării oportunității de afaceri în mod expres sau prin subînțelegerea acesteia ca element al obligației de neconcurență nu prezintă automat lacune în aplicarea cazurilor de oportunitate. Elasticitatea legii se dovedește suficientă chiar și în cazurile în care jurisprudența nu este încă suficient de bogată (Figura 5). În alte state se observă inovațiile jurisprudențiale care au condus la interpretări similare cu abordările tradiționale britanice, eșantionul european al interpretării doctrinei oportunităților de afaceri. Apreciem că reglementarea expresă a obligației de loialitate și definirea legală a oportunității de afaceri nu ar reduce doar incertitudinea cu care se confruntă administratorii și investitorii, dar ar opri și tendințe jurisprudențiale prea stricte, care ar fi greu de combătut prin reglementări ulterioare.

Putem observa exemplul încurajator al Marii Britanii, prin codificarea oportunității de afaceri create de jurisprudență. Această prerogativă de a permite sau de a interzice unui administrator urmarea unei oportunități de afaceri a fost acordată consiliilor de administrație din Marea Britanie abia prin codificarea din anul 2006¹²³.

În statele în care reglementarea oportunității de afaceri nu este acoperită de dreptul societar, precum Belgia, Franța și România, se observă

¹²² Art. 2391 Cod Civil italian și art. 11.C.4 din Codul guvernantei corporative. A se vedea Dotevall, R.: *Liability of Members of the Board of Directors and the Managing Director – A Scandinavian Perspective*, The International Lawyer Journal of the American Bar Association, Washington D.C., 2003, pp. 20-21.

¹²³ A se vedea Martin, G., Helleringer, G., *art. precitat supra* 520, p. 126.

o tendință generală a legiuitorului de a determina cu strictețe aplicarea obligației de loialitate sau a obligației de neconcurență, dar și o jurisprudență redusă referitoare la exploatarea oportunităților. Legea română nu se concentrează asupra oportunităților de afaceri, iar obligația de neconcurență incumbă doar directorilor executivi, însă poate fi desigur extinsă prin obligația de loialitate tuturor administratorilor. Mai mult, această interdicție poate fi înlăturată printr-o simplă decizie a consiliului de administrație. Spre deosebire de Olanda și de statele nordice, care nu au optat pentru reguli exprese care să acopere diferite scenarii de conflicte de concurență, jurisprudența de drept privat din majoritatea statelor a adaptat principiile generale de drept și instituțiile din dreptul obligațiilor pentru a oferi soluții echitabile în cazurile de conflict de interese.

Observăm că, în principiu, statele membre nu angajează răspunderea administratorului dacă societatea, prin consiliul de administrație sau prin consiliul de supraveghere, autorizează utilizarea oportunității de către administrator. Un număr de state care au optat pentru un sistem unitar de administrare au introdus interdicția administratorului de a vota decizia de autorizare a operațiunii, ceea ce atenuează într-o mare măsură conflictul de interese, dar nu exclude posibilitatea exercitării influenței de către administratorul în conflict de interese și periclitarea caracterului obiectiv al deciziei. În aceste situații, se poate demonstra eficiența reglementărilor britanice, desprinse dintr-o jurisprudență bogată, care a surprins întocmai cerințele pieței și realitățile socio-economice.

În sistemul dualist de administrare, problema este atenuată, iar eficiența mecanismului de autorizare depinde de abilitatea consiliului de supraveghere de a constitui un organ independent și obiectiv. Reguli mai puțin generale se întâlnesc în Belgia, Franța și România, dar și în statele nordice. În Belgia, administratorul interesat trebuie să se abțină de la vot și nu participă la deliberările aferente. Majoritatea jurisdicțiilor reglementează oportunitățile de afaceri, chiar dacă nu folosesc această terminologie preluată din dreptul anglo-saxon, iar anumite state puternic influențate de *common law*-ul britanic, precum Irlanda, Cipru și Malta, dar și Lituania reglementează expres doctrina oportunității de afaceri.

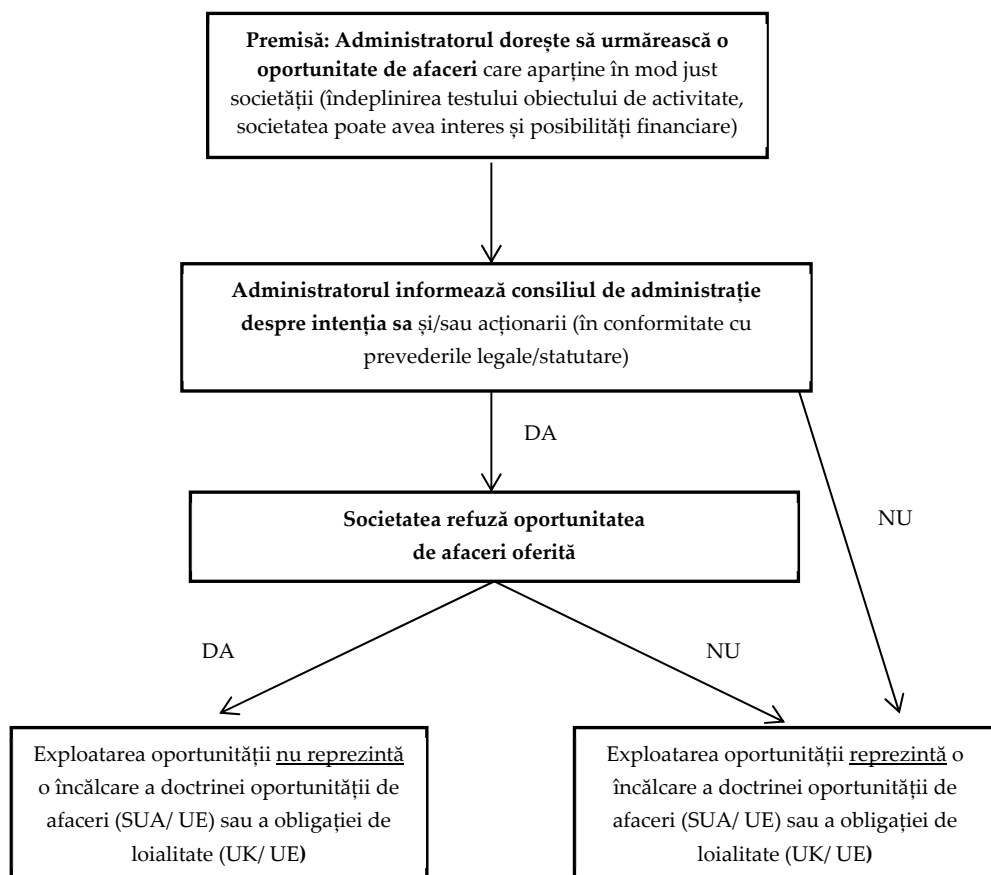


Figura 5. Reprezentarea doctrinei oportunității de afaceri în dreptul american și în dreptul continental¹²⁴

Elementul comun în majoritatea statelor membre este lipsa regulilor de drept material pentru sancționarea încălcării obligațiilor fiduciare, dar și deficiențe structurale de constrângere a administratorilor de a respecta obligațiile fiduciare. Deși apreciem că intervențiile de reglementare exhaustivă și rigidă a conținutului și aplicării obligațiilor fiduciare nu este dezirabilă, crearea unei structuri de evaluare judiciară și de sancționare a încălcării obligațiilor fiduciare ar fi un pas important pentru eficiența relațiilor fiduciare din dreptul continental.

¹²⁴ Adaptare după schema propusă în lucrarea Kim H. J., Lee, S. H., Woodcock, S. M.: *Favoritism and Corporate Law: The Confused Corporate Opportunity Doctrine in the Hyundai Motor Case*, Michigan Journal for Private Equity & Venture Capital Law vol. 41, Detroit, 2013, p. 14.

Un număr semnificativ de state, printre care Bulgaria, Grecia, Letonia, România, Slovacia și Slovenia conțin în legile privitoare la administrare trimiteri exprese la dispozițiile contractului de mandat pentru a complementa angajarea răspunderii administratorilor. În cazurile în care prevederile legale se dovedesc insuficiente, instanțele și doctrina de dreptul afacerilor din anumite state au recurs la principiile generale de drept pentru a aborda raportul legal și fiduciar dintre societate și administrator. Exemple ale acestei interacțiuni dintre prevederile legale și influențele jurisprudenței sunt comune în Franța, Germania și în câteva state nordice și baltice, Danemarca, Finlanda, Letonia și Suedia.

Codul Comercial francez prevede în mod expres angajarea răspunderii administratorului pentru încălcarea legii sau a prevederilor statutare, dar și pentru greșeli de administrare, *faute de gestion*¹²⁵, fără a menționa în mod expres obligația de loialitate, dezvoltată de jurisprudență. În mod similar, Legea germană conține o singură prevedere referitoare la angajarea răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligațiilor fiduciare, structurată în jurul obligației de diligență și prudență¹²⁶ și un număr de prevederi modelate situațiilor în care s-ar aplica obligația de loialitate, cum ar fi obligația de a nu concura cu societatea sau obligația de confidențialitate¹²⁷.

În Germania există un principiu jurisprudențial consacrat, conform căruia, administratorii datorează obligația generală de loialitate, dezvoltată de instanțe din principiile de bună-credință ale dreptului contractelor, care acoperă situații care nu sunt reglementate explicit de actele constitutive.

5. Obligația de loialitate în dreptul român

131. Raportul juridic fiduciar este definit în doctrina britanică¹²⁸ drept acea relație, în care una dintre părți acționează în numele și pe seama celeilalte, având ca fundament al acestei relații noțiunea de încredere. În baza

¹²⁵ Code de Commerce, L225-251.

¹²⁶ Art. 93 din Legea germană a societăților pe acțiuni (*Aktiengesetz*).

¹²⁷ Art. 88, art. 93(1) teza a II-a 2 din Legea germană a societăților pe acțiuni.

¹²⁸ Hood, P.: *Director's Duties under the Companies Act 2006: Clarity or Confusion?*, The Journal of Corporate Law Studies at Hart Publishing vol. 13/2013, p. 47.

aceluiași raționament, legiuitorul român a înțeles reglementarea obligațiilor fiduciare pornind de la instituțiile contractului de mandat și ale gestiunii de afaceri¹²⁹, din regimul cărora se generează obligațiile mandatarului societății. Interpretarea doctrinară și jurisprudențială a obligației de loialitate în România derivă din obligația generală de bună-credință în executarea mandatului din art. 970 Cod Civil, coroborată cu obligația de gestiune a patrimoniului din Legea societăților. Practica românească privește obligația de loialitate ca fiind „sâmburele obligației generale de bună-credință” și componenta activă a acesteia, care potențează valoarea juridică a acestei instituții generale de drept civil.

Spre deosebire de *common law*, dreptul societar român se apropie de sistemul german și încearcă obținerea unui echilibru just între drepturile creditorilor și îndeplinirea scopului comercial prin conferirea încrederii sporite administratorilor, de la care piața se așteaptă să reacționeze ca jucători raționali. Prin multiplele modificări legislative, tendința de a spori flexibilitatea la nivel decizional s-a concretizat prin lărgirea drepturilor executivului și extinderea puterii de reprezentare a administratorilor. Inspirat de modelul american al regulii judecății de afaceri, legiuitorul a îmbogățit referirile la obligațiile fiduciare, atât în dreptul comun, cât și în legislația specială.

În mod tradițional, funcția de administrator este încărcată cu prerogative predominant legale, respectiv obligații statutare. Obligațiile statutare sunt inerente funcției de administrator, determinând-o din punct de vedere organic. Prin modificările succesive, legiuitorul încearcă reglementarea exercitării concrete a acestor obligații prin definirea caracterului fiduciar al acestora. Spre exemplu, obligația de diligență, onestitate și loialitate (ale unui bun proprietar) sunt prevăzute expres în art. 213 și art. 803 Cod Civil și sunt dublate de obligația de diligență și prudență prevăzută de art. 144 ind. 1 din Legea societăților nr. 31/1990 (LS). În același sens, interdicția conflictului de interese (art. 214-215, art. 804-811 Cod Civil) reia prevederile art. 144 ind. 3 LS, respectiv obligația de a anunța conflictul de interese, imparțialitatea de care trebuie să dea dovadă administratorii,

¹²⁹ A se vedea Catană, R. N., *op.cit. supra* 254, p. 188.

separarea bunurilor proprii de cele ale societății și interdicția utilizării bunurilor administrate în interes propriu.

Încrederea largă acordată administratorilor prin reglementarea obligației de diligență și prudență este dublată de obligația de loialitate. Potrivit legislației actuale, administratorii nu pot fi incompatibili și nu pot presta activități concurente fără acordul asociaților, nici pe cont propriu și nici pentru alte persoane. În plus, la momentul numirii lor, se va verifica condiția inexistenței oricărui dubiu privind un posibil conflict de interese. Îndatorirea regăsită în art. 79 și art. 144 ind. 3 LS interzice administratorului interesat direct sau indirect într-o operațiune determinată să participe nu doar de la exercitarea dreptului de vot cu privire la acea operațiune, ci chiar la deliberări, pentru a elimina orice dubiu de influențare prin interesele sale contrare scopului societății.

Apreciem că înțelesul noțiunii de „loialitate” din dreptul societar național reflectă conceptul britanic de îndatorire subiectivă personală a administratorului, respectiv de a face tot ceea ce consideră în mod rezonabil că servește intereselor societății, fiind pe deplin atașată noțiunii vaste și complementare de bună-credință. Obligația de loialitate, prevăzută în art. 144 ind. 1 alin. 4 LS, a fost numită în doctrina națională ca fiind „liantul dintre exercitarea mandatului de administrator și interesul societății”¹³⁰. Doctrina și jurisprudența nu au resimțit însă lipsa unei definiții legale a noțiunii de *interes al societății* și în contextul loialității, acest concept este descris ca fiind un „un interes colectiv al asociaților, al acționarilor și al acționarilor indirecti [s.n. care], prin investiția lor ireversibilă în societate, s-au făcut dependenți, chiar și parțial, de afacerea societății și, de aceea, acest interes îi ține laolaltă, cu sau fără conștiința solidarității lor [...] Acest interes colectiv [...] transcende interesele, individuale sau de grup ale asociaților, acționarilor și acționarilor indirecti, făcându-i să graviteze în jurul întreprinderii derulate de societate”¹³¹. Astfel, dublarea prevederilor legale ale obligației de loialitate cu interdicția săvârșirii unor acte concurențiale nu reprezintă doar evitarea

¹³⁰ Todiciă, C.: *Răspunderea juridică civilă a administratorului societății comerciale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Universitară, București, 2012, p. 174.

¹³¹ A se vedea Prof. Gh. Piperea, <http://www.juridice.ro/297547/principiile-dreptului-societatilor-la-cinci-ani-dupa-instalarea-crizei-economice-in-romania-ii.html> [accesat la data de 11.08.2016].

conflictului de interese în sens clasic, ci și evitarea exercitării unor acte și fapte neconcurențiale de către administrator în relația cu societatea.

Codul Civil prevede expres faptul că dispozițiile sale reprezintă dreptul comun în materia societăților, aplicabile tuturor formelor de organizare ale acestora¹³². Utilitatea Codului se dovedește mai mare în cazul SRL, având în vedere faptul că legislația *sui generis* a societăților pe acțiuni de tip deschis conține prevederi exhaustive și suficient de specifice.

132. În concepția Codului Civil prevalează ideea de natură contractuală a mandatului, iar potrivit doctrinei și jurisprudenței naționale, natura juridică a rolului de administrator este cea de mandatar social. Conform *agency theory*, creată de doctrina juridic-economică americană la începutul anilor '70 ai sec. XX, între deținătorii puterii unei societăți și administratorii acesteia se încheie un contract de reprezentare. În aceeași manieră, reprezentarea devine un element intrinsec al administrării în baza contractului de mandat, potrivit reglementării exprese din art. 2012 Cod Civil. Sub reglementarea Codului Civil din 1864, mecanismul juridic al reprezentării se explica doctrinar plecând de la efectele contractului de mandat clasic, care prin natura sa era un contract care prezuma reprezentarea. Printre altele, accentuarea ideii mandatului cu reprezentare reiese din faptul că membrii directoratului sau administratorii unei societăți pe acțiuni nu pot avea calitatea de salariați ai societății pe perioada executării mandatului, funcție incompatibilă cu instituția mandatului, conferit *intuitu personae*.

Conținutul contractului de mandat este reglementat în Codul Civil, deopotrivă prin norme imperative și prin norme supletive, iar formula legislativă aleasă dorește crearea unui raport juridic orizontal, susținut în principal de ideea obligațiilor fiduciare și încurajat de caracterul *intuitu personae* al relației. În completarea obligațiilor legale și statutare de la care mandatarul nu se poate abate, modul concret de executare a mandatului dobândește flexibilitate și se încearcă acordarea de cât mai mult credit judecătii de afaceri a administratorului și capacității sale decizionale.

¹³² Art. 1887 din Codul Civil, art. 139 alin.1 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009. Codul Civil reglementează Contractul de societate (art. 1881 și urm.) și Contractul de mandat (art. 2009 și urm.). Textele de lege ale Codului Civil din prezenta lucrare se referă la Noul Cod Civil, Legea nr. 287/2009.

Structurile societăților din România prevăd suficiente posibilități ale acționarilor/asociaților de a controla administratorii, cea mai importantă pârghie fiind numirea și revocarea lor aproape discreționară. Principiul revocării *ad nutum* a mandatului este menținut din Codul Civil 1864, însă modul discreționar de revocare este nuanțat de art. 2031 Cod Civil, care prevede că revocarea poate avea loc „oricând [...] indiferent de forma în care contractul de mandat a fost încheiat și chiar dacă a fost declarat irevocabil”. Prin urmare, dacă încrederea dispăre din raporturile juridice care izvorăsc din contractul de mandat, a cărui trăsătură esențială este caracterul *intuitu personae*, revocarea își păstrează caracterul discreționar.

133. Fiind de esență caracterului *intuitu personae* a contractului de mandat, obligația de loialitate se manifestă în toate etapele contractuale, la formarea contractului (numirea administratorului) și pe parcursul executării sale (îndeplinirea mandatului), respectiv este răspunsul încrederii conferite mandatarului de a forma voința sa juridică, producătoare de efecte juridice în patrimoniul mandantului. Acest caracter al încrederii determină existența contractului de mandat și, odată cu dispariția încrederii, dispăre și „forța obligatorie a contractului de mandat sub aspectul puterii de reprezentare”¹³³.

Sediul materiei în ceea ce privește conflictul de interese este art. 215 alin. 1 Cod Civil, care enumeră limitativ persoanele ale căror interese ar putea determina un conflict de interese al administratorului societar, precum și dispozițiile generale ale art. 1303 Cod Civil, ambele texte legale sancționând cu nulitatea relativă actele încheiate de un reprezentant în conflict de interese cu reprezentatul. Societatea poate solicita anularea actului încheiat în conflict de interese, dacă dovedește îndeplinirea cumulativă a condițiilor legale, respectiv administratorul sau unul dintre membrii limitativ enumerați de lege să fi avut un interes contrar interesului societății, direct sau indirect, actul să fi fost încheiat în fraudă intereselor societății, iar terțul contractant să fi cunoscut sau să fi trebuit să cunoască această fraudă¹³⁴. Textul instituie o prezumție relativă a cunoașterii

¹³³ A se vedea Călin, D., *art. precitat supra* 188, p. 132.

¹³⁴ A se vedea Bodu S. V.: *Piața de capital. Legea nr. 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață*, Ed. Rosetti, București, 2018 (Comentariu la articolul 82 din Legea nr. 24/2017).

conflictului de interese de către administrator și o prezumție relativă de fraudare a intereselor societății reprezentate de acesta, astfel încât apreciem că se impune aplicarea probei corectitudinii și a echității. Nulitatea relativă a actului încheiat în conflict de interese poate fi invocată potrivit textului legal doar de societatea reprezentată, care este protejată de textul legal ca beneficiară a obligației de loialitate.

134. În ceea ce privește **conflictele de interese la desemnarea în funcție**, observăm în cazul SA că legiuitorul deosebește reglementarea conflictelor de interese după funcția ocupată de administrator. Pe de-o parte, art. 153 ind. 17 LS impune membrilor consiliului de administrație și ai consiliului de supraveghere să informeze AGA înainte de numire dacă dețin funcția de director, membru al directoratului, al consiliului de administrație, al consiliului de supraveghere, de cenzor, auditor intern sau asociat SRL la o societate concurentă sau care are același obiect de activitate. Este curios faptul că legea solicită acestor persoane simpla informare, și nu impune o interdicție sau obligativitatea obținerii aprobării din partea AGA. Pe de altă parte, art. 153 ind. 15 LS impune directorilor SA (în sistemul unitar) și membrilor directoratului (în sistem dualist) obținerea acestei aprobări. Deși opoziția dintre cele două dispoziții poate sugera ineficiența unei simple informări, apreciem că sancțiunile pentru conflictele reale de interese pot fi utilizate de acționari în oricare asemenea situație, iar legiuitorul a optat pentru echilibrarea intereselor societății și ale mandatarilor prin instituirea obligativității aprobării doar în cazul persoanelor care ocupă funcții executive.

În cazul SRL, interdicția prevăzută de art. 197 alin. 2 LS nu este totală, ci condiționează ocuparea unor alte mandate în societăți concurente sau cu același obiect de activitate, exercitarea de acte de comerț similare sau concurente pe cont propriu sau pe contul altei persoane, de aprobarea asociaților¹³⁵, sub sancțiunea revocării și a răspunderii pentru daune.

135. Referitor la **conflictele de interese apărute pe parcursul exercitării mandatului**, observăm că legiuitorul român abordează riscurile universale ale guvernantei corporative, numite *costuri ale reprezentării* (*agency*

¹³⁵ În mod evident asociatul-administrator într-un potențial conflict de interese este obligat să se abțină de la votul adunării generale prin care se decide acest aspect, potrivit art. 79 din Legea nr. 31/1990.

costs). În cazul administratorului SA, dispozițiile art. 144 ind. 3 alin. 1 LS, respectiv art. 153 ind. 8 alin. 3 LS prevăd o obligație de înștiințare și abținere de la vot a membrului organului de administrare care are într-o anumită operațiune interese contrare intereselor societății. Aceeași obligație este reluată în cazul administratorilor SRL prin coroborarea dispozițiilor art. 79, art. 197 alin. 3 LS cu art. 215 alin. 2 Cod Civil. Spre deosebire de conținutul dispozițiilor dreptului comun, art. 144 ind. 3 LS condiționează existența conflictului de interese și obligativitatea înștiințării societății de cunoașterea de către administrator a intereselor membrilor familiei sale¹³⁶, persoane indicate limitativ prin textul legal, respectiv soțul, rudele ori afinii săi până la gradul al IV-lea inclusiv. Încheierea unor contracte cu societăți la al căror capital au participat membrii familiei administratorului fără aprobarea consiliului de administrație al societății nu pot fi privite ca și contracte obișnuite, uzuale, ci ele „au o încărcătură personală, subiectivă, suficientă pentru a suspecta administratorul pârât în cauză de părtinire, cu consecința directă a faptului că însuși pârâtul este unul dintre beneficiarii indirecti ai favorurilor făcute membrilor familiei sale”¹³⁷. Administratorul este obligat să se abțină de la vot și nu va fi luat în calcul la stabilirea majorității (art. 144 ind. 3 alin. 1 LS) ori a cvorumului (art. 153 ind. 20 alin. 7 LS), iar încălcarea obligației de înștiințare și de abținere de la deliberare poate avea ca efect angajarea răspunderii sale civile pentru acoperirea prejudiciului cauzat societății, potrivit prevederilor art. 144 ind. 3 alin. 4 LS sau chiar a răspunderii sale penale potrivit art. 275 alin. 1 lit. a LS. În cazul organelor de conducere colegiale, se va face aplicarea dispozițiilor art. 215 alin. 2 Cod Civil, respectiv se va verifica dacă în cazul participării unui administrator interesat, „fără votul lui nu s-ar fi putut obține majoritatea cerută”. Dispozițiile legale ale art. 144 ind. 3 LS reprezintă norme imperative de la care nu se poate deroga prin actul constitutiv. Având în vedere analogiile între bună-credință și obligația de loialitate, pe care le vom dezvolta în capitolul următor, precum și includerea tradițională a obligației de loialitate

¹³⁶ Lipsa cunoașterii de către mandatar a interesului membrilor familiei în art. 215 alin. 2 Cod Civil este privit de doctrină ca o scăpare gravă a legiuitorului. A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 155, p. 76.

¹³⁷ C. Ap. Alba Iulia, Decizia nr. 126/14.12.2011.

în buna-credință în dreptul român, respectarea obligației de loialitate este prezumată, ca element al bune-credințe. Astfel, sarcina dovedirii existenței unui conflict de interese aparține reclamanților.

Condițiile conflictului de interese sunt simetrice celor prevăzute în *common law* și în dreptul german, iar elementele verificate de organul societar înaintea aprobării operațiunii în conflict de interese vor lua în considerare prețul echitabil, informațiile complete furnizate de administrator, negocierea și structura operațiunii, termenii contractuali, așadar toate elementele pe care jurisprudența de *common law* le subsumează termenului de *fair price and fair dealing*. Această cerință de îndeplinire a condițiilor echitabile ale pieței este inclusă în regula prevăzută la art. 82 alin. 2 în Legea emitenților de instrumente financiare și operațiuni de piață nr. 24/2017.

136. Apreciem că în aceste cazuri de nulitate relativă, sancțiunea caracteristică conflictelor de interese din dreptul societar român, poate fi confirmată de către societate, a cărei voință se va exprima prin votul AGA. Fiind organul care poate renunța la protecția oferită de nulitatea relativă, AGA ar fi putut demara acțiunea în răspundere împotriva administratorului aflat în conflict de interese, iar în cazul în care acesta este și acționar, se vor aplica prevederile art. 127 LS. Pentru protejarea societăților și creșterea transparenței, legiuitorul a impus recent administratorilor societăților admise la tranzacționare să raporteze către ASF orice act juridic semnificativ încheiat de către emitent cu administratorii, angajații, acționarii care dețin controlul, precum și cu persoanele cu care aceștia acționează concertat și aprobarea în prealabil de către AGEA a închirierilor de active corporale, pentru o perioadă mai mare de un an cu o anumită valoare-prag¹³⁸.

137. În ceea ce privește **conflictele de interese prezente în exercitarea prerogativelor de reprezentare**, acestea vor fi guvernate de dispozițiile de drept comun în materia reprezentării¹³⁹ care se referă la raportul juridic dintre reprezentant și beneficiar, respectiv contractul cu sine însuși și dubla reprezentare. Dispozițiile art. 215 alin. 1 Cod Civil prevăd nulitatea relativă a actului juridic încheiat în fraudă intereselor persoanei juridice și condițiile cumulative ale existenței unui interes direct sau indirect al reprezentantului,

¹³⁸ Art. 82 și art. 90 alin. 2 din Legea nr. 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață.

¹³⁹ A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 155, p. 80.

încheierea actului în fraudă intereselor societății și cunoașterea sau necesitatea cunoașterii acestei fraude de către terțul cocontractant. În ceea ce privește analiza acestor condiții, nu vom anticipa evaluarea *ex post* expusă exhaustiv în capitolul V, menționăm doar prezumarea interesului contrar societății ca efect al *self-dealing* și prezumția relativă în cazul intereselor indirecte sau ale membrilor familiei. Așadar, se impune aplicarea probei corectitudinii și a echității și verificarea tuturor componentelor decizionale deja analizate pe larg.

138. În plus față de prevederea expresă a obligației de loialitate, legiuitorul român dublează interzicerea uzurpării în orice mod a oportunităților societății printr-o **obligație de neconcurență**. Potrivit art. 153 ind. 15 LS, directorii unei SA administrată în sistem unitar și membrii directoratului în sistemul dualist, nu pot, fără autorizarea consiliului de administrație, respectiv a consiliului de supraveghere, să ocupe funcții de directori, administratori, membri ai directoratului ori ai consiliului de supraveghere, cenzori, auditori interni ori asociați cu răspundere nelimitată, în alte societăți concurente sau cu același obiect de activitate, și nici nu pot exercita același comerț sau altul concurent, pe cont propriu sau al altei persoane.

În contextul unei reglementări clare a obligației de neconcurență, apreciem că incorporarea doctrinei oportunității de afaceri în dreptul român ar fi prematură, mai ales având în vedere jurisprudența redusă în materia obligației fiduciare de loialitate. Interdicția utilizării oportunității în afaceri poate fi dedusă din prevederile art. 144 ind. 3 alin. 1 și 2 LS, iar aceasta incumbă și membrilor directoratului și ai consiliului de supraveghere în cazul societăților administrate în sistem dualist, precum și directorilor din sistemul unitar de administrare SA, potrivit art. 152, art. 153 ind. 2 alin. 6 și art. 153 ind. 8 alin. 3 LS, care dispun că art. 144 ind. 3 LS se aplică în mod corespunzător.

139. Legiuitorul reglementează **obligația de informare și transparență**, aflată într-o relație de interdependență cu obligația de loialitate, respectiv evitare sau declarare a conflictului de interese. Îndatorirea generală este prevăzută de Codul Civil la art. 2018 alin. 2 (fostul art. 378 Cod Comercial), fiind completată de prevederile legii speciale¹⁴⁰. În vreme ce Legea societăților nu conține prevederi exprese cu privire la exercitarea funcției de administrator cu bună-credință, prevederile Codului Civil aplicabile contractului de mandat pot fi utilizate pentru umplerea acestor lacune. Art.

¹⁴⁰ Art. 117 ind. 2, art. 131 alin. 5, art. 153 ind. 9 din Legea nr. 31/1990, art. 224 din Legea nr. 297/2004.

803 alin. 2 Cod Civil, referitor la contractul de societate, prevede obligația generală de loialitate și îndatorirea mandatarului de a acționa cu onestitate și loialitate în vederea realizării optime a intereselor beneficiarului sau a scopului urmărit. În plus, art. 72 LS prevede că „obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”. Având în vedere caracterul remunerat al mandatului societar după formularea aleasă de legiuitor prin modificarea legii, culpa administratorului se apreciază după tipul abstract, respectiv *culpa levis in abstracto*.

În mod similar înțelesului determinat prin analiza de drept comparat pe care am prezentat-o în secțiunile anterioare, doctrina română apreciază că, un interes contrar față de cel al societății se diferențiază în funcție de persoana interesată, respectiv un interes personal al administratorului sau al unei alte persoane, în funcție de beneficiul prevăzut de administrator, un interes direct ori indirect, și în funcție de actele sau faptele administratorului care riscă să afecteze caracterul obiectiv al deciziei de afaceri. Interesele contrare societății pot apărea în momentul reprezentării, spre exemplu în cazul tipic de *self-dealing*, în care un administrator încheie un act în nume propriu și în reprezentarea societății, în procesul decizional prin participarea la deliberările sau prin adoptarea unei decizii de afaceri în interes personal sau prin exploatarea bunurilor și informațiilor la care are acces datorită funcției sale (*corporate opportunity doctrine*). În plus, pentru a determina contrarietatea între interesele societății și cele ale administratorului, diferența obiectivelor celor două părți trebuie să fie semnificativă¹⁴¹. Potrivit art. 1304 Cod Civil, încheierea unui contract cu sine însuși sau în dublă reprezentare este permisă de legislația noastră, ceea ce înseamnă că aceeași persoană poate acționa concomitent în mai multe calități, în reprezentarea intereselor unor persoane diferite¹⁴².

¹⁴¹ A se vedea Bodu S. V., *art. precitat supra* 155, p. 74. Spre exemplu, art. 82 alin. 1 din Legea nr. 24/2017 prevede o valoare minimă a operațiunii de 50.000 EUR.

¹⁴² A se vedea Terzea, V., *op. cit. supra* 142 (Comentariul art. 1304 Cod Civil). Înainte de reglementarea legală a dublei reprezentări și a contractului cu sine însuși, doctrina română traducea termenul *self-dealing* ca „decizii contrare interesului societății și în care [administratorul] este direct interesat”. A se vedea Bercea, L.: *Regula judecătii de afaceri: despre involuția instituției înainte de nașterea sa*, Pandectele Române nr. 6/2006, p. 163.

Legea specială restrânge operațiunile care pot fi încheiate între un membru al organelor de administrare și societate, prin stabilirea unor interdicții în art. 144 ind. 4 LS, extinse membrilor consiliului de supraveghere. Cazurile indicate de lege se referă în principiu la împrumuturi directe sau indirecte și despre care se prezumă că ar determina riscul obiectivității administratorului. Prin aplicarea dispozițiilor art. 1303 Cod Civil, sancțiunea încălcării dispozițiilor legii speciale este nulitatea relativă, cu posibilitatea ratificării ulterioare a actelor de către AGA, iar încălcarea acestora este inclusă prin art. 272 alin. 1 lit. c LS și în sfera răspunderii penale. Referitor la interdicțiile menționate, legiuitorul a prevăzut niște derogări în cazul unei valori mai reduse a actului încheiat, în care riscul lipririi caracterului obiectiv este mai scăzut. Alte categorii de acte care pot determina incidența unui conflict de interese al unui administrator sunt actele de vânzare și de cumpărare, prevăzute de art. 150 alin. 1, art. 153 ind. 8 alin. 3 și art. 441 LS, ultimul fiind aplicabil atât în cazul SA, cât și în cazul SRL.

Observăm că, în principiu, dreptul comun este aplicabil în cazul conflictelor de interese ivite în cazul unui administrator SRL, cu precădere art. 215 alin. 1 și 2 și art. 1303 Cod Civil.

140. Încheierea unor contracte cu societăți la care administratorul este afiliat, dovedește existența vădită a unui conflict de interese¹⁴³. Dacă prin această **dublă reprezentare**, administratorul neglijează interesele societății administrate prin stabilirea în mod unilateral a unor clauze contractuale care conțin „condiții împovărătoare pentru reclamant și favorabile societăților la care era afiliat, fără a comunica aceste aspecte adunării generale a acționarilor”, conduita sa relevă și „reaua-credință în exercitarea atribuțiilor care i-au fost conferite”¹⁴⁴.

În cazul unei duble reprezentări, instanța face o analiză temeinică a intereselor apărute de administrator în diferitele sale calități, respectiv o veritabilă aplicare a prezumției de bună-credință¹⁴⁵. În cazul actului încheiat

¹⁴³ C. Ap. Timișoara, secț. II. civ., Decizia nr. 583/12.07.2016.

¹⁴⁴ Trib. Arad, Decizia nr. 98/15.01.2014.

¹⁴⁵ „Instanța reține că pârâtul avea calitatea de asociat al prestatorului, care la rândul său era acționar al beneficiarului. Deci nu se poate susține fără echivoc că avea doar interese contrare reclamantului. [...] Nu este exclusă nici probabilitatea ca la acea dată, când raporturile dintre acționari erau bune, motivul real al neplății cu prioritate a celor două

de administrator cu sine însuși sau prin dublă reprezentare se impune acordul expres al mandatarului, sub „sanctiunea anulării actului pentru dol prin reticență sau a încălcării obligației de loialitate¹⁴⁶”. În cauză, administratorul a încheiat contracte de închiriere la un preț dezavantajos pentru societate, în folosul unei alte societăți deținute de el, și deși instanța prevede aplicarea alternativă a celor două sancțiuni, apreciem că acestea pot fi cumulate, având în vedere caracterul și efectele lor. Acțiunea în anularea actului pentru dol nu exclude posibilitatea de a cere despăgubiri, iar potrivit art. 1257 Cod Civil, societatea va putea opta între a solicita anularea contractului și daune-interese, sau menținerea actului și reducerea prestației cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită.

Acțiunea pentru încălcarea obligației de loialitate a administratorului poate avea ca rezultat angajarea răspunderii personale a acestuia și acoperirea prejudiciului cauzat prin plata prețului disproporționat, „scopul evident al dispozițiilor art. 155 alin. 1 ale Legii nr. 31/1990 este acela de a acoperi paguba produsă societății prin fapte ilicite săvârșite de administratori”, fapte care și-au produs deja efectele printr-un prejudiciu în patrimoniul societății „cu mult înainte de a se analiza oportunitatea formulării unei asemenea acțiuni în răspundere civilă, prin prisma dovezilor existente la îndemâna societății”¹⁴⁷.

În cazul SA admise la tranzacționare pe o piață reglementată, legea prevede dispoziții suplimentare. Potrivit art. 241 alin. 2 din Legea nr. 297/2004 se condiționează închirierile de active corporale, pentru o perioadă mai mare de un an, a căror valoare individuală sau cumulată față de același cocontractant sau persoane implicate ori care acționează în mod concertat depășește 20% din valoarea totalului activelor imobilizate, mai puțin creanțele la data încheierii actului juridic, precum și asocierile pe o perioadă mai mare de un an, depășind aceeași valoare, de aprobarea prealabilă din partea AGEA.

societăți să fi fost nu reaua-credință, ci dimpotrivă ideea că societățile apropiate reclamantului, prin acționari/asociați comuni, pot să mai aștepte la plată. [...] Cum dubiul profită celui ce se obligă, instanța nu reține vreo faptă culpabilă în neefectuarea plăților”.
Trib. Arad, Decizia nr. 161/27.05.2015.

¹⁴⁶ Trib. Brașov, secț. II. civ. și de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 757/19.10.2016.

¹⁴⁷ C. Ap. Cluj, secț. II. civ., Decizia nr. 1043/12.12.2016.

141. În ceea ce privește utilizarea de bunuri și informații aparținând societății, facem referire la doctrina oportunității de afaceri expusă pe larg în secțiunea a treia a prezentului capitol. Dreptul român interzice utilizarea bunurilor și informațiilor societății de către membrii organelor de administrare, în alte scopuri decât pentru avansarea interesului societății, cum ar fi achiziționarea unor bunuri personale din fondurile societății, dovedită de refuzul returnării acestora la încetarea mandatului¹⁴⁸.

142. Obligația de loialitate care incumbă administratorilor SA este dublată de **obligația de confidențialitate**, extinsă și membrilor consiliului de supraveghere. Obligația de confidențialitate reprezintă interdicția titularilor obligațiilor fiduciare de a divulga informațiile confidențiale și secrete de afaceri ale societății, dobândite datorită calității lor de administratori. Aceasta reprezintă o obligație absolută, în raport cu orice persoană din interiorul sau din exteriorul societății, și continuă și după finalizarea mandatului de administrator¹⁴⁹.

Utilizarea secretelor comerciale în folos propriu reprezintă o faptă de concurență neloială. Astfel, sancțiunea revocării și a obligării la plata de daune-interese poate fi cumulată cu sancțiunea contravențională prevăzută de art. 2 alin. 2 lit. b coroborat cu art. 4 lit. g din Legea nr. 11/1991 privind concurența neloială sau cu sancțiunea penală prevăzută de art. 272 alin. 1 lit. b LS, în acest ultim caz, doar dacă fapta a fost comisă în timpul mandatului.

În ceea ce privește societățile listate, art. 245 alin. 1 din Legea nr. 297/2004 sancționează folosirea informațiilor privilegiate de către un membru al organelor de conducere în propriul folos ca pe un abuz de piață, dacă acestea sunt utilizate „pentru dobândirea sau înstrăinarea ori pentru intenția de dobândire sau înstrăinare, pe cont propriu sau pe contul unei terțe persoane, direct ori indirect, de instrumente financiare la care aceste informații se referă”. Art. 246 al Legii nr. 297/2004 extinde această interdicție în ceea ce privește dezvăluirea informațiilor privilegiate oricăror altor persoane în afara exercitării obișnuite a sarcinilor de serviciu sau

¹⁴⁸ Trib. Arad, Decizia nr. 161/27.05.2015.

¹⁴⁹ Se pune problema în ce măsură această obligație poate fi opusă acționarilor, dacă majoritatea acestora votează divulgarea. A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la art. 144 ind.1 din Legea societăților).

recomandarea către o persoană de a utiliza aceste informații privilegiate în vedere dobândirii sau a înstrăinării unor instrumente financiare la care se referă. În cazul SA de tip deschis, faptele expuse constituie infracțiuni sancționabile potrivit art. 277 alin. 1 din Legea nr. 247/2004.

În ceea ce privește faptele penale prevăzute de Legea societăților, art. 275 alin. 1 LS abordează actele îndeplinite în conflicte de interese, respectiv încălcarea dispozițiilor art. 144 ind. 4 alin 3 LS. Având în vedere faptul că acest ultim text legal privește doar SA, subiectul activ al acestei infracțiuni poate fi administratorul, directorul general, directorul, membrul consiliului de supraveghere sau al directoratului (inclusiv administratorul de fapt)¹⁵⁰, iar în cazul în care administratorul sau membrul consiliului de supraveghere este o persoană juridică, se vor aplica regulile răspunderii penale a persoanei juridice. În ceea ce privește acțiunea penală, aceasta se pune în mișcare și din oficiu, iar răspunderea penală este personală. Referitor la acțiunea civilă din cadrul procesului penal, aceasta se va introduce de către societate potrivit dispozițiilor art. 155 sau 155 ind. 1 LS. Introducerea acțiunii civile este condiționată de acordarea unui mandat special în acest sens, prin votul adunării generale sau a acționarilor minoritari. Menționăm faptul că în cazul în care acțiunea civilă este exercitată pe cale separată, se pune în discuție autoritatea de lucru judecat cu privire la stabilirea culpei și a prejudiciului, stabilite de instanța penală¹⁵¹.

143. Observăm că legiuitorul a prevăzut expres buna-credință în cuprinsul art. 1916 Cod Civil, aplicabil SRL, dar nu și societăților pe acțiuni. În vreme ce LS nu conține prevederi exprese cu privire la exercitarea funcției de administrator cu bună-credință, prevederile aplicabile contractului de mandat și obligația generală de bună-credință din art. 14 Cod Civil pot fi utilizate pentru umplerea acestor lacune. Interpretarea doctrinei române în ceea ce privește această obligație este absorbirea loialității ca unul din elementele esențiale ale bune-credințe. Articolul 803 alin. 2 Cod Civil, referitor la contractul de societate, prevede obligația generală de loialitate și

¹⁵⁰ A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 155, p. 94.

¹⁵¹ Tulească, L.: *Delegarea atribuțiilor de conducere ale societății. Răspunderea solidară a administratorilor. Condiții și efecte*, RRDA nr. 9/2014, pp. 53-54.

îndatorirea mandatarului de a acționa cu onestitate și loialitate în vederea realizării optime a intereselor beneficiarului sau a scopului urmărit.

Principiul scopului adecvat se aplică în situațiile în care administratorii acționează cu bună-credință și în convingerea onestă că promovează interesul societății și întreprind diverse acțiuni de împiedicare a unei preluări ostile, cum ar fi situațiile de tip cazul *Revlon*. Doctrina română exclude *ab initio* posibilitatea unei obligații fiduciare separate de bună-credință, aceasta fiind subînțeleasă ca o umbrelă a obligației de loialitate, reflectând dispozițiile legii speciale și tradiția juridică. Astfel, loialitatea presupune o desfășurare a activității mandatarului în limitele mandatului general conferit și a eventualelor limitări, o conduită independentă și acționarea cu bună-credință¹⁵², care o îmbracă și nu o include. Conform abordării doctrinare de *common law*, obligația de loialitate include buna-credință și promovarea interesului societății, iar manifestarea loialității presupune considerarea bunei-credințe în luarea unei decizii de afaceri.

6. Evoluția obligației de loialitate în secolul XXI

6.1. Derogarea de la doctrina oportunității de afaceri

144. Deși obligația de loialitate a fost privită mai multe decenii ca fiind punctul central al relației fiduciare și o regulă absolută a dreptului societar, începând cu anul 2000, practica s-a îndepărtat de viziunea tradițională¹⁵³. Statul Delaware a început să acorde societăților dreptul de a introduce în actele constitutive clauze de excludere a unui element fundamental al obligației de loialitate: doctrina oportunității de afaceri. În ultimii ani, majoritatea statelor din SUA au început să urmeze exemplul, iar schimbarea a fost bine primită și de Uniunea Americană a Barourilor¹⁵⁴.

Apreciem că, cel puțin în dreptul continental, unde avansarea intereselor societății este de esența funcției de administrare, această reformă nu ar fi binevenită. Având în vedere că în majoritatea statelor membre UE

¹⁵² A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 141 (Comentariu la articolul 144 ind.1 din Legea societăților).

¹⁵³ Rauterberg, G., Talley, E.: *Contracting out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers*, Columbia Law Review vol. 117/2017.

¹⁵⁴ *Model Business Corporation Act (MBCA)*, *supra* 72.

această instituție încă nici nu a fost reglementată și jurisprudența nu a dezvoltat cultura de afaceri în sensul abordării practice a acesteia, considerăm că realitatea de afaceri din dreptul continental nu este suficient de matură pentru îmbrățișarea unor reforme exotice și care să deruteze aplicarea elementelor esențiale ale loialității datorate de un administrator societar. Această reformă se află încă în stadiul de experiment, iar multe dintre societățile listate la piețe publice din SUA nu au îmbrățișat această idee, de teama consecințelor negative ale societății și a descurajării investitorilor.

6.2. *Golden leash sau „cumpărarea loialității”*

145. În ultimii ani a apărut o practică foarte controversată în guvernanța corporativă a fondurilor de investiții, respectiv un aranjament prin care se oferă o sumă exorbitantă de bani unui candidat pentru o funcție de director în schimbul asigurării atingerii unor obiective pe termen scurt. Această practică experimentală utilizată în alegerile directorilor a fost numită în limbajul de afaceri *golden leash* și presupune oferirea unor compensații adiționale față de cele oferite celorlalți membri ai consiliului de administrație¹⁵⁵. Metoda de încurajare a administratorilor să respecte o strategie pe termen scurt îi motivează să fie loiali, sau, altfel spus, creează o formă de cumpărare a loialității prin strângerea relațiilor dintre directorii executivi și acționarii minoritari.

S-a constatat că aceste practici nu servesc doar ca un mecanism pentru asigurarea devotamentului și a loialității mandatarilor, dar facilitează și recrutarea unor persoane cu experiență. Structura tipică presupune acordarea unei indemnizații inițiale, suplimentată cu un „onorariu de succes”. Realitatea lumii de afaceri va demonstra cu timpul dacă această practică își va atinge potențialul și își va dovedi eficiența în fața societăților, a investitorilor și a piețelor de capital. Doctrina majoritară este critică față de această inovație a guvernanței corporative americane, dar este evident că aceste mecanisme sunt capabile să alinieze interesele acționarilor cu cele ale directorilor executivi

¹⁵⁵ Shill, G. H.: *The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty*, University of California Los Angeles Law Review nr. 64/2017, p. 1250.

și să atenueze tensiunea determinată de conflictul de interese între cei care dețin capitalul și cei care dețin puterea de control și de decizie.

În înțelesul legii, loialitatea nu presupune un devotament infinit către beneficiarul obligației fiduciare, nici neglijarea autonomiei subiectului, nici subordonarea absolută a intereselor în favoarea beneficiarului. În realizarea scopului mandatului, obligația de diligență și prudență stabilește standardul de prudență și etalonul caracterului rezonabil al deciziilor de afaceri, însă apreciem că limitele obligației de loialitate rămân flexibile și pot fi adaptate prin mecanisme de stimulare.

6.3. Includerea factorilor sociali și ecologici în conținutul obligațiilor fiduciare

146. Începând cu anul 2001, Comisia Europeană a îndemnat statele membre să acorde importanță Responsabilității Sociale Corporative (CSR) în construirea structurilor de guvernare corporativă¹⁵⁶, prin promovarea voluntară a valorilor sociale, economice, ecologice și ale protecției consumatorilor. În lumina politicilor globale propuse de OECD și de Organizația Internațională a Muncii, CSR include standarde și practici de muncă etice, observarea drepturilor omului, dar și combaterea corupției. Definiția propusă de Comisie în anul 2011¹⁵⁷ cuprinde aspecte suplimentare, precum formarea continuă, aspecte legate de sănătatea și bună-starea angajaților, integrarea problemelor referitoare la egalitatea sexelor, dar și protecția datelor cu caracter personal ale angajaților și ale clienților, ultima detaliată în Regulamentul (UE) 2016/679 privind protecția persoanelor fizice.

Studiile realizate de instituțiile europene subliniază efectele pe termen lung pe care aceste inițiative le vor avea asupra competitivității societăților, a relațiilor cu clienții, a managementului riscurilor și capacității de inovare¹⁵⁸. Astfel, se pierde natura voluntară a implementării unor măsuri de CSR, Comisia îndemnând societatea în ansamblu să contribuie la

¹⁵⁶ *Green Paper – Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility (2001), Communication from the Commission concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development (2002).*

¹⁵⁷ Comunicarea Comisiei „A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility”.

¹⁵⁸ Bohinc, R.: *Corporate Social Responsibility: A European Legal Perspective*, Canterbury Law Review nr. 20/2014.

obiectivele dezvoltării sustenabile și a pieței competitive, parte a strategiei Euro 2020. Pe cale de consecință, crearea și implementarea măsurilor CSR revine în exclusivitate executivului societăților, directorii fiind chemați să acționeze în mod responsabil atât față de societatea administrată, cât și față de valorile sociale amintite de legiuitor. Se pune astfel întrebarea dacă îndeplinirea acestor elemente se înscrie în aplicarea obligației de diligență și prudență sau a obligației de loialitate și dacă acțiunile întreprinse în această direcție sunt protejate de regula judecății de afaceri. O altă problemă care se ridică este interpretarea deciziilor care nu sunt în interesul societății, dar sunt în avansarea valorilor CSR și trec testul regulii judecății de afaceri.

Apreciem că practica nu trebuie să diferențieze între loialitatea datorată de administrator societății și loialitatea față de valorile morale și sociale pe care le protejează. Deși CSR nu este prevăzută în prezent de norme imperative, obligația de a nu încălca legea sau de a nu determina societatea să încalce legea ar putea fi angajată în mod punctual pentru încălcarea unor norme exprese privitoare la mediul înconjurător, protecția salariaților sau respectarea confidențialității, „a dreptului de a fi uitat” sau de a-și studia dosarul de la biroul de Resurse Umane.

Un administrator care refuză investirea într-un punct de producție care este disproporționat de dăunător pentru mediul înconjurător poate dovedi îndeplinirea condițiilor obligației de diligență și prudență prin efectuarea unui proces de informare corespunzător și obligația de loialitate, prin protejarea valorilor sociale și ecologice pe care societatea le apără și pentru care sponsorizează spre exemplu alte proiecte, cum ar fi locuri de joacă pentru copii.

Schimbările legislative propuse de Comisia Europeană pentru a codifica integrările factorilor ecologici, sociali și de guvernanță (ESG) în cadrul obligațiilor fiduciare ale actorilor guvernantei corporative au fost primite în mod deschis de majoritatea celor din lumea afacerilor. Propunerile Comisiei se înscriu în planurile pe termen lung de a crea un mediu financiar stabil și fac parte dintr-un proiect amplu de clarificare a integrării factorilor ESG și a informării cerințelor de-a lungul lanțului de investiții. În luna martie 2018, Comisia Europeană a comunicat Planul de acțiune pentru un mediu financiar sustenabil, al treilea obiectiv fiind creșterea transparenței și a

stabilității pe termen lung a activităților economice și financiare, prin implementarea recomandărilor raportului final al experților la nivel înalt din ianuarie 2018. Recomandările grupului de experți se referă cu precădere la obligațiile fiduciare în secolul XXI.

147. Apreciam ca binevenită includerea factorilor ESG în legislațiile actuale, acestea fiind în prezent rareori explicite, ceea ce are ca efect și implementarea lor redusă. Obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență impun considerarea tuturor riscurilor și oportunităților de afaceri și, prin amploarea lor, includ și factorii ESG. Având în vedere că modificarea recentă a *Directivei privind activitățile și supravegherea instituțiilor pentru furnizarea de pensii ocupaționale* introduce obligativitatea raportărilor referitoare la factorii ESG, Comisia apreciază că aceste elemente ar trebui încorporate și în procesul decizional al investitorilor și aceștia ar trebui să înțeleagă și să încorporeze preferințele de sustenabilitate ale clienților și ale beneficiarilor lor.

Fără a ne concentra pe domeniile specifice de aplicabilitate a Directivei, mesajul transmis de Comisie și de rapoartele de recomandare este integrarea factorilor ESG, în primul rând în procesele decizionale interne ale societăților, și includerea acestora în procedurile interne și externe de raportare, respectiv în informarea acționarilor și a publicului, în special în cazul societăților listate pe o piață publică. Se pot extrage două considerații din propunerile formulate, prima ar fi crearea unor procese de integrare neprioritară a factorilor ESG, alegerea priorității acestora fiind un drept al investitorilor. În al doilea rând, valorile protejate de către mandant trebuie să fie înțelese de ambele părți. Având în vedere schimbările pieței de afaceri, efectele emisiilor de carbon, ale urbanizării și globalizării, obligațiile fiduciare reprezintă o componentă esențială a funcționării și a credibilității unei piețe. Brazilia, Marea Britanie, Japonia și Africa de Sud au introdus politici prin care se solicită investitorilor de a lua în considerare factorii ESG¹⁵⁹, care se traduc în obligații pozitive atât pentru acționari, cât și pentru administratori.

¹⁵⁹ Al Gore, vicepreședinte SUA între 1993-2001, în introducerea raportului *Fiduciary Duty in The 21st Century*, un efort comun al UN Global Compact, UN Finance Initiative, Principles

Apreciem că, în contextul evoluției realităților sociale, guvernanța corporativă și investițiile responsabile ar trebui să urmeze același ritm. Dacă realitățile economice largesc câmpului obligațiilor pozitive și responsabilizează societățile prin luarea în calcul a impactului deciziilor luate în numele societății, apreciem că legiuitorii ar trebui să susțină eforturile pentru guvernare eficientă, investitori responsabili și participare la obiectivele unei economii sustenabile și ecologice.

Aspectele de ESG prezintă importanță pentru acționari și pentru administratori nu doar din perspectiva impactului deciziilor asupra mediului înconjurător sau al renumelui societății. Îndeplinirea obligației de loialitate față de societate presupune evaluarea tuturor riscurilor și creșterea valorii societății prin elemente de CSR, de atragere a investitorilor și a clienților, de respectare a angajaților și de protejare a valorilor apărute de publicul larg.

7. Remarci conclusive

148. Dreptul societar, având un vocabular distinct, practici și tradiții specifice, implementează normele de drept comun prin instituționalizarea convergentă a particularităților guvernanței corporative moderne. Datorită eterogenității sale, obligația de loialitate nu a avut parte în toate sistemele de drept de articularea unor reguli specifice care să enumere în mod exhaustiv circumstanțele în care această obligație fiduciară este încălcată, dar jurisprudența a particularizat expresii ale loialității din limbajul uzual. Loialitatea rămâne o normă socială și morală și un standard legal care nu poate fi redus la o singură regulă.

Datorită amplitudinii conceptului de loialitate din dreptul privat, obligația fiduciară de loialitate din dreptul societăților poate oferi instanțelor și participanților la guvernanța corporativă răspunsul la cerința instituționalizării încrederii din afaceri. Expansiunea loialității are loc în jurisprudența recentă prin depășirea condiției negative de lipsă a trădării și prin includerea elementelor active de atenție și devotament. Trendul

for Responsible Investment, <https://www.unpri.org/fiduciary-duty/fiduciary-duty-in-the-21st-century/244.article>, [accesat la data de 11.04.2018].

doctrinar și jurisprudențial este păstrarea obligației de loialitate ca punct central al obligațiilor fiduciare și al moralității dreptului societar.

Deși în prezent conflictele de interese au încetat să fie asociate încălcării obligației de diligență și prudență, suprapunerea obligațiilor fiduciare fundamentale nu poate fi evitată. Confluența dreptului cu teoriile economice din ultimele decenii a început să piardă teren în fața teoriilor care promovează normele morale și care îmbogățesc înțelegerea relației dintre valorile sociale și dreptul afacerilor. Apreciem că eliminarea inter-relaționării dreptului cu normele sociale nu ar fi oportună pentru clarificarea obligațiilor fiduciare și ar dăuna potențialului dreptului societar de a extinde noțiunea generoasă a loialității. Contextul larg al moralei publice acordă doctrinei și instanțelor posibilitatea exprimării și impunerii normelor sociale în practicile corporative și în dreptul societăților.

Spre deosebire de alte domenii ale dreptului afacerilor, obligațiile fiduciare nu au fost supuse unei armonizări comprehensive la nivelul statelor membre UE, fiind în continuare caracterizate de particularitățile fiecărei structuri juridice. Efectul practic al acestor strategii legislative din statele membre este oarecum similar, obligațiile fiduciare fiind utilizate de legiuitor pentru a adresa dezechilibrul dintre cei care dețin puterea și cei care dețin controlul societății, și tensiunea determinată în structura modernă societară.

În majoritatea statelor, legiuitorul a ales să codifice aspecte legate de conflictul de interese. Modelul britanic rămâne emblematic pentru abordarea oportunităților de afaceri și a conflictului de interese, fiind probabil cea mai fidelă transpunere a modelelor originare create de jurisprudența din Delaware. O observație interesantă este numărul redus al reglementărilor doctrinei oportunităților de afaceri în UE, însă aplicarea practică vastă a situațiilor care intră în câmpul ei de aplicare, prin interpretări care depind de alte formulări legale. În sistemele care aplică obligația de neconcurență nu se angajează răspunderea administratorilor pentru exploatarea unei oportunități de afaceri, decât dacă legiuitorul înțelege concurența ca fiind o activitate antreprenorială care se înscrie în același obiect de activitate ca și cel al societății administrate.

Loialitatea generează un conflict permanent între susținătorii reglementării stricte și cei ai teoriei libertății contractuale. În absența unei

omogenități la nivel european, se observă o absorbire armonioasă a instituțiilor de drept privat în sistemele de guvernanță corporativă națională și, concomitent, o dezvoltare a principiilor generale de drept privat în direcția transpunerii noțiunilor impuse de realitatea lumii de afaceri. Modelul britanic al *Companies Act* ar putea reprezenta în viitor un model de codificare pentru celelalte jurisdicții.

Funcția fiduciară se exprimă prin eforturile sincere de exercitare a obligațiilor cu utilizarea cunoștințelor și a experienței, astfel că statele membre UE propun lărgirea funcției de administrator cu inițiative corespunzătoare mediului economic. Schimbările sociale au modificat traseul interpretărilor doctrinare și jurisprudențiale ale obligației de loialitate – de la conflictul de interese clasic la îndeplinirea unor obligații pozitive pentru îndeplinirea loială a mandatului. În secolul XXI, interesul superior al societății nu mai este reprezentat doar de maximizarea averii acționarilor și de asigurarea profiturilor societății, ci include îndeplinirea unor aspecte de bunăstare socială. Rămâne de văzut în ce măsură viitorul dreptului continental permite importurile unor instituții din alte sisteme de drept și conturarea lor armonioasă în legislațiile interne ale statelor membre.

Doctrina română exclude *ab initio* posibilitatea unei obligații fiduciare separate de bună-credință, aceasta fiind subînțeleasă ca o umbrelă a obligației de loialitate, reflectând dispozițiile legii speciale și tradiția juridică. Loialitatea presupune desfășurarea activității mandatarului în limitele mandatului general conferit și a eventualelor limitări, o conduită independentă și de bună-credință. Așadar, buna-credință îmbracă loialitatea, spre deosebire de abordarea doctrinară de *common law*, potrivit căreia, obligația de loialitate include buna-credință și promovarea interesului societății, iar manifestarea loialității presupune considerarea bunei-credințe în luarea unei decizii de afaceri.

CAPITOLUL IV.

Buna-credință ca obligație distinctă în dreptul societar

1. Considerații introductive

149. Evoluția dreptului societar în *common law* și în sistemul de drept civil, îndeosebi în ceea ce privește metamorfoza obligațiilor fiduciare, se poate înțelege ca un efort continuu de a stabili un echilibru între mecanismele preventive, coercitive și reparatorii aflate la dispoziția acționarilor afectați de conduita administratorilor care își asumă riscurile aferente în beneficiul acționarilor.

Am arătat că obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate servesc aceluiași scop, acela de a minimiza costurile și riscurile reprezentării, respectiv de a alinia interesele mandatarilor cu cele ale societăților și ale persoanelor în interesul cărora ei acționează. Urmărind parcursul istoric al jurisprudenței, am ilustrat modalitatea în care mecanismele de angajare a răspunderii pentru deciziile de afaceri și încercarea de limitare a riscurilor au condus la dezvoltarea regulii judecătii de afaceri. Deși formulările acestei reguli variază între diferitele jurisdicții de *common law* sau de drept civil, ele reflectă în mod universal reticența organelor judiciare de a pune la îndoială deciziile administratorilor de bună-credință și neinteresați de obținerea unor beneficii personale, în urma deciziilor luate în numele societății. În statul Delaware, jurisdicția unde sunt înregistrate peste jumătate din companiile listate pe o piață publică din SUA și în jur de 66% din companiile Fortune 500¹, efectul principal al regulii

¹ Fortune 500 reprezintă o listă întocmită anual începând cu anul 1955 de faimoasă revista *Fortune Magazine*, care conține un top a celor 500 de companii americane, în funcție de profitul obținut în anul fiscal anterior.

judecății de afaceri a fost formulat ca fiind „o prezumție a faptului că, în luarea unei decizii, administratorii unei societăți au acționat în mod informat, cu bună-credință și cu convingerea sinceră că decizia luată este în interesul suprem al societății”.

Administratorii au devenit mult mai expuși riscului angajării răspunderii patrimoniale în anii '80, când preluările ostile ale marilor companii americane au ridicat temeri cu privire la posibilitatea ca administratorii și salariații cu prerogative executive² să prefere păstrarea propriilor puteri decât să acționeze în sensul maximizării averii acționarilor, adică să îndeplinească scopul primar al obligațiilor fiduciare în *common law*.

Pornind de la obligația de loialitate, pe care o privim ca fiind nucleul obligațiilor fiduciare datorate de un administrator societar, prezentul capitol își propune să identifice conturul bunei-credințe în dreptul societăților și interpretările acestei instituții în guvernanta corporativă. Obiectivul nostru este să demonstrăm autonomia bunei-credințe în rândul obligațiilor fiduciare. Prin urmărirea evoluției acestei instituții în dreptul anglo-saxon și în dreptul continental, vom încerca să expunem abordările tradiționale care pot deschide interpretări și aplicări variate în dreptul european și în dreptul național al afacerilor. Datorită amplitudinii noțiunii de bună-credință, aceasta a permis instanțelor să articuleze obligații fiduciare subsidiare, care vin în întâmpinarea schimbărilor sociale și a evoluției dreptului societar. Prin diferite exemple de speță, se va demonstra că, datorită naturii, conținutului și efectelor situațiilor în care se întâlnesc, aceste obligații specifice nu pot fi incorporate ca elemente componente ale obligațiilor fiduciare tradiționale.

² Termenul *officer* include persoanele care dețin responsabilitățile executive ale conducerii societății, precum directorul general, directorul financiar și angajați cu prerogative executive, deținătorii pozițiilor de management, care au fost angajați sau numiți de către consiliul de administrație, acționari, alți directori executivi. Deși termenul „manager” nu este preluat de Legea societăților nr. 31/1990, acesta este menționat în Legea pieței de capital nr. 297/2004 și în Legea contabilității nr. 82/1991. Aceste persoane au în general o autoritate aparentă sau reală de a acționa în numele și pe seama societății. În Marea Britanie, *officers* sunt priviți ca „persoane autorizate să acționeze pe seama societății”, în schimb în SUA, *officers* sunt angajații care au responsabilități semnificative și care pun în aplicare politicile stabilite de consiliul de administrație. A se vedea *Cambridge Dictionary for Business English*, Cambridge University Press, 2006 și *Oxford Dictionary of Business and Management*, Oxford University Press, 2009. Pentru a nu crea confuzii, vom utiliza termenul de „salariați cu prerogative executive”.

Instanțele din Delaware fie nu au intenționat, fie nu au reușit până în prezent să ofere o definiție exhaustivă a obligațiilor fiduciare esențiale ale unui administrator societar, cu atât mai puțin să contureze câmpul de aplicare a acestor obligații. Împrejurare favorabilă acționarilor, aceasta este în dezavantajul titularilor obligațiilor fiduciare, prin menținerea incertitudinilor inerente guvernanței corporative contemporane. În prezent, buna-credință reprezintă principiul potrivit căruia, administratorii sunt obligați să acționeze *conștient* și în *cunoștință* de cauză în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor lor, în toate situațiile în care iau decizii în numele societății. Încălcarea bunei-credințe poate îmbrăca forma unei neglijări a obligațiilor de zi cu zi, o acțiune intenționată efectuată cu alt scop decât în beneficiul societății sau o încălcare intenționată a legii³. Deși majoritatea jurisdicțiilor nu prevăd o acțiune directă a acționarilor pentru încălcarea bunei-credințe, această încălcare determină în prezent angajarea răspunderii administratorilor printr-o acțiune în încălcarea obligației de loialitate.

2. Buna-credință în doctrina și jurisprudența de *common law*⁴

150. Buna-credință a fost mereu un *innuendo* al jurisprudenței, cel mai elocvent exemplu fiind formularea jurisprudențială a regulii judecății de afaceri în cauzele timpurii, când care nu exista o definiție legală a acesteia. Abia în jurul anului 2006, jurisprudența anglo-saxonă a recunoscut în mod explicit buna-credință ca obligație fiduciară distinctă, ceea ce a declanșat necesitatea de a contura această obligație, de a o clarifica din punct de vedere normativ și de a o delimita de celelalte două obligații fiduciare tradiționale.

În esență, buna-credință în dreptul societar poate fi descrisă prin două concepte, și anume conceptul de bază al instituției și descrierea

³ Definițiile din dicționarele de dreptul afacerilor sunt variate, dar converg spre același sens. Optăm pentru definiția formulată de *Legal Information Institute*, Cornell Law School, New York, https://www.law.cornell.edu/wex/duty_of_good_faith [accesat la data de 11.04.2018].

⁴ Evoluția istorică a bunei-credințe a fost analizată inițial în lucrarea Ponta, A.: *O scurtă istorie a bunei-credințe în guvernanța corporativă. Formarea și decăderea (obligației fiduciare a) bunei-credințe*, RRDA nr. 5/2017, pp. 51-72, iar prezenta secțiune reprezintă o adaptare a lucrării menționate.

obligațiilor care compun și chiar definesc această noțiune⁵. Din punct de vedere al definirii legale a acestei obligații fiduciare, vom arăta că buna-credință, ca obligație fiduciară distinctă, este dezirabilă, deoarece obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate nu reușesc să acopere prin înțelesul lor toate tipurile de conduită necorespunzătoare a administratorilor. Buna-credință este o instituție mult mai vastă, acoperind situații care depășesc sfera obligațiilor fiduciare tradiționale.

Prima codificare a bunei-credințe în guvernanta corporativă a avut loc în SUA în anul 1953, iar în anul 1983 a fost delimitată de obligația fiduciară de loialitate⁶. Regula prevedea că, în exercitarea obligațiilor sale, un administrator trebuie să acționeze „(1) cu bună-credință și (2) într-o manieră în care el are convingerea rezonabilă că reprezintă interesele supreme ale societății”. Primele mențiuni ale bunei-credințe în jurisprudența de dreptul societar se regăsesc în definirea și conceptualizarea regulii judecătii de afaceri, a cărei aplicabilitate am arătat că este condiționată de îndeplinirea bunei-credințe. Buna-credință nu este o creație a guvernantei corporative contemporane, ci un răspuns al jurisprudenței și al evoluției corporațiilor. Unii autori privesc buna-credință în mod exclusiv subiectiv, în timp ce alții o privesc ca pe o condiție a judecătii raționale sau ca pe un test al identificării neglijenței grave.

Începând cu anii '80 și până la începutul anilor 2000⁷ legiuitorii au încercat să se orienteze spre creșterea rolului administratorilor independenți

⁵ Eisenberg, M. A.: *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, Delaware Journal of Corporate Law vol. 31, nr. 1/2005, p. 4.

⁶ A se vedea *Model Business Corporation Act* (MBCA), *supra* 72. Art. 8.30 stabilește standardul de conduită a administratorilor, impunându-le obligația de a acționa cu bună-credință și într-o manieră în care administratorul crede că se atinge interesul suprem al societății. Potrivit interpretării prof. Eisenberg, această conduită nu poate determina angajarea răspunderii administratorului. A se vedea Eisenberg, M. A.: *The divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, Fordham Law Review nr. 62/1993, pp. 444-445. Această poziție este criticată de alți autori, a se vedea Smith, G. D.: *A Proposal to eliminate director standards from the Model Business Corporation Act*, University of Cincinnati Law Review vol. 68, nr. 4/1999.

⁷ Anii 2000 au fost marcați de numeroase investigații de fraudă la nivelul managementului unor corporații mari, cele mai mediatizate fiind Enron și WorldCom. Între anii 2000 și 2002 aproximativ 90 de acționari, directori și angajați, au fost condamnați pentru fraudă. Acest val a condus la o reformă a guvernantei corporative din SUA și la adoptarea *Sarbanes-Oxley*

față de management și de societate, influențând astfel reglementările dintr-un domeniu care părea lăsat în sfera de auto-reglare a pieței. Administratorii au devenit mult mai expuși riscului angajării răspunderii patrimoniale în anii '80, când preluările ostile ale marilor companii au ridicat temeri cu privire la riscul că administratorii vor încerca să acționeze mai degrabă în sensul păstrării propriilor lor puteri decât în sensul maximizării averii acționarilor. Jurisprudența a început să încline spre o evaluare mai drastică a conduitei administratorilor, iar pe parcurs, această evaluare a dezvoltat modalități specializate de analiză judiciară a diferitelor contexte de luare a deciziilor.

151. Cea mai importantă cauză din istoria jurisprudenței de *common law* cu privire la interpretarea bunei credințe în guvernanta corporativă, adesea citată în doctrina de drept continental, este cauza *Smith v. Van Gorkom*⁸. Prin motivarea acestei decizii, instanța a instituit exigența sau condiția care a fost numită ulterior „diligență profesională procedurală” sau a procesului decizional, ca premisă pentru invocarea regulii judecății de afaceri. Instanța de control din Delaware a subliniat faptul că reclamantul care se îndoiește de o decizie a consiliului de administrație are încă de la debutul litigiului „sarcina de a răsturna prezumția instituită de regulă [*s.n. respectiv*] de a furniza dovezi [*că*], în procedura decizională, administratorii au încălcat una dintre obligațiile fiduciare din cadrul triadei, buna-credință, diligența și prudența sau loialitatea de care trebuie să dea dovadă. Dacă acționarii nu reușesc să facă această dovadă, regula judecății de afaceri intervine pentru a proteja membrii organelor de administrare și deciziile asumate de către aceștia, iar instanțele nu vor mai pune la îndoială judecata lor de afaceri”. În această cauză s-a reținut faptul că administratorilor

Act. Scopul principal al acestui act legislativ a fost abordarea slăbiciunilor sistemice ale structurilor de guvernanta corporativă și întărirea instrumentelor de investigare ale organelor de urmărire penală în cazurile de fraudă. A se vedea Brickey, K. F.: *From Enron to Worldcom and Beyond: Life and Crime after Sarbanes-Oxley*, Washington University Law Quarterly nr. 81/2003.

⁸ Cauza *Smith v. Van Gorkom*, 488, A.2d 858, Curtea Supremă din Delaware, 1985. Deși mai puțin controversată decât soluția pronunțată în cauza *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, A.2d 345, Curtea Supremă din Delaware, 1993, această decizie este printre primele în care instanța analizează regula judecății de afaceri ca standard de evaluare, fiind invocată cu titlu de jurisprudență alături de cauza *Cede*.

neinteresată în operațiunile încheiate în numele societății le-ar putea fi angajată răspunderea pentru prejudiciile materiale în cazul încălcării obligației de diligență și prudență, o abordare care la momentul respectiv „a șocat întreaga comunitate de business”⁹.

Legiuitorul a reacționat imediat la această decizie, permițând introducerea unor clauze statutare de înlăturare sau limitare a răspunderii personale a administratorilor pentru încălcarea obligației de diligență și prudență¹⁰. Modificarea legislativă avea însă ca scop indirect excluderea anumitor tipuri de conduită din câmpul de aplicare a acestor clauze statutare. Printre tipurile de conduită care nu pot fi excluse *a priori* de la evaluarea judiciară, și prin urmare nu pot fi înlăturate convențional, se numără obligația de loialitate și actele comise fără bună-credință. Intenția evidentă a legiuitorului de a limita expunerea administratorilor la răspunderea personală exclusiv pentru încălcarea anumitor obligații fiduciare invită, din punctul nostru de vedere, la o interpretare a bunei-credințe ca obligație fiduciară distinctă, ca un concept de sine-stătător independent de obligația de loialitate. Natura complexă a acestui concept în dreptul societăților și dificultățile întâmpinate de instanțe în eforturile de definire sau de integrare a bunei-credințe au reprezentat în anii '80 o oportunitate promițătoare pentru analizarea acesteia ca un fundament de recuperare a prejudiciilor materiale suferite de societăți, cu atât mai mult în cazul existenței unei asemenea clauze statutare și în lipsa unui conflict de interese dovedit.

Ulterior, buna-credință a avut parte de o evoluție interesantă, în special în cazurile de preluări ostile, când s-a avut în vedere posibilitatea ca un consiliu de administrație să fi acționat în principal sau exclusiv din dorința de a-și păstra funcția, iar măsurile defensive au fost analizate din perspectiva proporționalității și a riscurilor implicate¹¹. Deși jurisprudența se îndreaptă înspre noi metode de evaluare a conflictelor de interese ivite în

⁹ Allen, W. T., Kraakman, R.: *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, ediția a 3-a, Ed. Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2009, p. 581.

¹⁰ Secțiunea 102(b)(7) din *Delaware General Corporation Law*, <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/> [accesat la data de 18.09.2018].

¹¹ Cauza *Unocal Corp v. Mesa Petroleum Co.*, nr. 152/1985, A.2d 946, Curtea Supremă din Delaware, 1985.

momentul unei preluări, instanțele doreau crearea unei relații directe între buna-credință și obligația de loialitate¹².

2.1. *Triada obligațiilor fiduciare*

152. Obligația de loialitate, nucleul obligațiilor fiduciare, se poate identifica în orice act sau fapt exercitat de administrator, deoarece orice decizie de afaceri se impune a fi luată într-un scop comercial adecvat. Având în vedere însăși esența funcției fiduciare, de a proteja societatea, obligația de loialitate este strâns legată de încercarea de a exercita obligațiile fiduciare cu bună-credință¹³. Funcția mandatarului se exprimă prin eforturile sincere de a-și exercita atribuțiile cu diligență, cu utilizarea cunoștințelor și a experienței.

Până la finalul anilor '80, instanțele au continuat aplicarea bunei-credințe în tandem cu obligația de loialitate, însă prin formulările alese, prima începea deja să prindă conturul unui concept autonom în guvernanta corporativă. Deși buna-credință era adesea menționată în deciziile instanțelor alături de obligația de loialitate, nu se putea observa dacă aceasta era utilizată ca sinonim al loialității sau ca obligație fiduciară de sine-stătătoare, cu caracteristici proprii. Definiția clasică a regulii judecătii de afaceri nu oferea o delimitare clară între bună-credință și loialitate pentru stabilirea naturii autonome a celei dintâi, iar instanța explică răsturnarea regulii judecătii de afaceri prin prezentarea unor dovezi care să arate faptul că administratorul „a fost interesat, a încheiat un contract cu sine însuși sau fără bună-credință, ori nu a reușit să exercite diligența necesară”¹⁴. Astfel, reaua-credință ar putea fi înțeleasă ca o altă formă de încălcare a obligației de loialitate în afara situațiilor de conflict de interese.

¹² A se vedea Allen, W. T.: *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny as a Standard of Review Problem*, North Western University Law Review nr. 96/2002, p. 449.

¹³ Strine, L. E., Hamermesh, L. A., Balotti, R. F.: *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Harvard Law School, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 645/2009, p. 9.

¹⁴ Cauza *Smith v. Van Gorkom*, *supra* 571, pct. 64.

Răsturnarea jurisprudenței dominante a debutat odată cu pronunțarea cauzei *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*¹⁵ când instanța a apreciat că „pentru a răsturna sarcina probei, reclamantul își asumă dovedirea faptului că, în luarea deciziei supuse analizei, administratorii au încălcat una dintre cele trei obligații ale triadei, buna-credință, loialitatea sau diligența și prudența”. Noua obligație componentă a triadei se dezvoltă ca obligație fiduciară de sine stătătoare și devine vitală pentru integritatea guvernantei corporative. Tendința instanțelor de la începutul anilor '90 din secolul trecut era abordarea conceptului de bună-credință pentru descrierea atitudinii și a modului de gândire¹⁶ impuse unui mandatar loial. Instanțele au fost în principal inspirate de elementele subiective ale conștiinței umane, analizând emoții umane precum lăcomia, ura, aviditatea, invidia sau răzbunarea, rușinea sau mândria ca factori care pot plasa interesele, preferințele sau dorințele personale înaintea bună-stării societății.

În urma pronunțării acestei soluții, s-a creat posibilitatea depășirii obstacolelor în angajarea răspunderii administratorilor în cazurile în care conduita defectuoasă nu implică un conflict de interese. Răspunderea administratorilor nu se mai fundamenta doar pe evaluarea judiciară care determină reaua-credință, ci și pe lipsa îndeplinirii standardului obiectiv al relei-credințe¹⁷. Altfel spus, caracterul obiectiv al buneii-credințe cunoscut din dreptul obligațiilor, ca o persoană să acționeze într-o manieră pe care o persoană rezonabilă ar adopta-o în circumstanțe similare, ar fi transpus ca element al buneii-credințe, iar administratorii ar răspunde dacă nu îndeplinesc acest standard obiectiv.

Instanțele nu au dezvoltat termeni concreți de aplicare a acestei noi obligații de bună-credință, ci au menționat mereu abandonarea sau desistarea de la îndeplinirea obligațiilor inerente funcției de administrator, precum exemplul clasic de conduită neloială¹⁸, ceea ce demonstrează

¹⁵ Cauza *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, *supra* 571.

¹⁶ Jurisprudența anglo-saxonă utilizează termenul vast de „*state of mind*”, care semnifică modul de gândire și perspectiva unei persoane la un moment dat. Vom folosi termenii de „atitudine” sau „abordare”.

¹⁷ Nowicki, E. A.: *Not in Good Faith*, Southern Methodist University Law Review nr. 60/2007, pp. 441-469.

¹⁸ Cauza *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1984, pct. 363.

indubitabil rea-credință. Explicarea jurisprudențială a bunei-credințe prin prisma loialității se fundamentează pe teama inițială de a disocia cele două concepte și de a modifica teoria tradițională a celor două caracteristici intrinseci ale unui mandatar care acționează în serviciul unei societăți. Începutul anilor '90 este marcat de o incertitudine cu privire la natura bunei-credințe în dreptul societar, jurisprudența începe să detașeze buna-credință de obligația de loialitate, dar nu îi conferă statutul unei obligații fiduciare distincte.

153. Natura bunei-credințe a fost clarificată în motivarea cauzei *Brehm v. Eisner*¹⁹ din anul 2000, referitor la o acțiune în răspunderea lui Michael Ovitz care, după doar un an de conducere mediocră a companiei Disney, a primit o compensație de peste 140 mil. USD. Având în vedere îndoielile fundamentate cu privire la informarea completă și corectă utilizată în procesul decizional, „măsurat prin concepte precum neglijență gravă” și considerarea tuturor informațiilor avute la dispoziție în mod rezonabil, reclamanții au susținut că administratorii nu au demonstrat diligență și prudență procedurală cu privire la conținutul deciziei luate. Instanța a reținut că buna-credință este un element inerent regulii judecătii de afaceri, iar „caracterul irațional este limita exterioară a regulii și reprezintă un echivalent funcțional al irosirii și al lipsei bunei-credințe, un element-cheie al regulii judecătii de afaceri”. Astfel, instanțele încep să condiționeze aplicabilitatea regulii judecătii de afaceri de buna-credință, fără analizarea în profunzime a diferențelor dintre neglijență și rea-credință.

2.2. Buna credință ca element al celorlalte obligații fiduciare

154. La finele anilor '90, jurisprudența creează o legătură clară între buna-credință și obligația de loialitate și marchează începuturile autonomiei bunei-credințe în jurisprudență²⁰. Începând cu anul 1988, buna-credință a fost înțeleasă ca fiind legată în esența ei de obligația de loialitate, prima idee dominantă fiind aceea că, absența oricărui interes financiar contrar al

¹⁹ Cauza *Brehm v. Eisner (Disney II)*, 746 A.2d 244, Delaware Chancery Court, 2000.

²⁰ Cauza *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.*, A.2d 53, Curtea Supremă din Delaware, 1989.

administratorilor este prin el însuși un semn al bunei-credințe. Îndeplinirea obligației de diligență și prudență se bucură de o evaluare distinctă, care vizează procesul decizional și calitatea deciziei luate. La acest moment, instanțele nu delimitează încă în totalitate obligația de loialitate de buna-credință, ci se opresc asupra motivației administratorilor în luarea deciziei, această analiză verificând implicit elementele bunei-credințe.

La scurt timp după articularea triadei obligațiilor fiduciare de către Curtea Supremă din Delaware, analizarea bunei-credințe a căpătat un nou contur. Într-o cauză în care acționarii minoritari invocă încălcarea obligației de diligență și prudență de către consiliul de administrație, dar nu și a obligației de loialitate prin omisiunea de a implementa respectarea de către societate a unor legi cu privire la asigurarea de sănătate a salariaților, instanța apreciază că încălcarea „obligației de a exercita atenția corespunzătoare”²¹ nu se va putea constata atunci când „procesul decizional a fost rațional ori desfășurat cu bună-credință în efortul colectiv de a avansa interesele societății”. Această îmbinare a conceptului de bună-credință cu analiza diligenței depuse este explicată prin faptul că, atunci când administratorul depune cu bună-credință eforturi de a fi informat și de a exercita o judecată corespunzătoare, el îndeplinește elementul central al obligației fiduciare de diligență și prudență: bună-credință în depunerea unui efort susținut de a fi informat și de a exercita o bună judecată de afaceri.

Această nouă idee a jurisprudenței de *common law*, de a include buna-credință în obligația de diligență și prudență, contradictorie tendințelor anterioare de a privi buna-credință ca parte componentă a obligației de loialitate, nu a avut o susținere largă în doctrină și a pierdut din importanță în cursul timpului. În anii '90, jurisprudența se dezvoltă în sensul în care încălcările obligației de diligență și prudență nu expuneau administratorii în mod automat angajării răspunderii patrimoniale, iar includerea bunei-credințe în conținutul acesteia era în contradictoriu cu noua tendință de introducere a clauzelor statutare de exonerare. Astfel, acționarii nu mai aveau nici un fundament moral de a ataca o decizie de afaceri luată cu bună-credință dacă aceasta era irațională sau nu avea un caracter rezonabil.

²¹ Cauza *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698, A.2d 959, Delaware Chancery Court, 1996.

Jurisprudența a creat astfel o metodă de evaluare a intenției avute în contextul mai larg al obligației de monitorizare a afacerilor societății. Această evaluare presupune faptul că lipsa bunei-credințe este o condiție necesară angajării răspunderii, stabilită prin lipsa susținută sau sistematică a consiliului de administrație de a-și îndeplini obligația de supraveghere.

155. În paralel cu concepția emergentă a existenței triadei obligațiilor fiduciare, la mijlocul anilor '90, anumite instanțe au început dezicerea de jurisprudența dominantă și respingerea autonomiei bunei-credințe ca obligație fiduciară. Principalele argumente se fundamentau pe faptul că esența bunei-credințe se subsumează obligației de loialitate, deoarece recurge la diferite forme ale lipsei loialității, altele decât conflictele de interese, în special cazurile în care titularului obligațiilor fiduciare îi lipsește intenția conștientă și afirmativă de a-și exercita obligațiile inerente funcției. Curtea Supremă din Delaware a păstrat aproape un deceniu o jurisprudență constantă în sensul reținerii bunei-credințe în mod independent de obligațiile fiduciare tradiționale, susținând cu diferite exemple faptul că un mandatar poate acționa în mod neloial din alte motive decât cu scopul obținerii unui avantaj patrimonial, și indiferent de natura motivelor, un administrator care încalcă în mod conștient obligațiile față de societate și față de acționari răspunde personal pentru orice prejudiciu cauzat.

Unul dintre principalele argumente care a menținut teoria unui statut independent al bunei-credințe a fost motivarea din cauza *Disney II*²², respectiv omisiunile sau pasivitatea de care dă dovadă consiliul de administrație și care nu poate fi încadrat în altă categorie decât a „lipsei dovedirii bunei-credințe”. În această cauză, membrii consiliului de administrație au aprobat, fără vreo analiză prealabilă ori deliberare, contractul de administrare al lui Michael Ovitz, iar apoi au ignorat în aceeași manieră înțelegerile privind revocarea lui. În cazul în care instanța ar fi reținut exclusiv încălcarea obligației de diligență și prudență a administratorilor neglijenți, încălcare evidentă în lipsa unei informări corespunzătoare și a unui proces decizional corespunzător, angajarea răspunderii patrimoniale a acestora nu ar fi putut avea loc în prezența unei clauze statutare de exonerare. Rațiunea acestor clauze de împiedicare a

²² Cauza *Brehm v. Eisner*, *supra* 582.

angajării răspunderii reprezintă instrumente deosebit de utile în aceste cazuri de delimitarea a obligațiilor fiduciare încălcate, deoarece riscul iminent al angajării răspunderii administratorilor pentru deciziile în afaceri cu efecte negative ar descuraja asumarea oricărui risc în afaceri. Dacă riscul angajării răspunderii patrimoniale se limitează la cazurile de dovedire a lipsei bunei-credințe în momentul luării deciziei, se pot determina cu ușurință diferențele dintre cazurile în care deciziile în afaceri au fost luate cu bună-credință, dar nu au avut efectele sau rezultatele scontate, și cazurile în care deciziile au fost luate cu neglijență sau în lipsa bunei-credințe.

Deși motivarea în cauza Disney nu se referă nici un moment la triada obligațiilor fiduciare, același standard a fost reluat în jurisprudența ulterioară²³. Într-o cauză în care acționarii minoritari au fost forțați să accepte un sfert din prețul pe care instanța l-a determinat ca fiind valoarea corectă în cazul unei preluări a societății, instanța a fost pusă în situația de a identifica obligațiile fiduciare încălcate de către consiliul de administrație pentru a determina dacă se impune acordarea unor daune materiale. S-a reținut că unul dintre administratori, care a facilitat încheierea operațiunii, dar nu a obținut nici un beneficiu direct, a încălcat doar obligația de loialitate, nu și buna-credință, deoarece și-a limitat loialitatea exclusiv față de acționarii majoritari, nu și față de cei minoritari. Instanța a determinat faptul că un alt administrator, care a votat în favoarea operațiunii, a încălcat atât obligația de loialitate, cât și buna-credință, fiind într-o poziție cheie și având cunoștințele de specialitate relevante pentru a ști că prețul nu este cel corect pentru segmentul de piață respectiv. Această expertiză prezintă o importanță majoră în cauzele în care se analizează buna-credință, deoarece implică o conștiință decizională a mandatarului. Instanța a reținut că există doar două posibilități de abordare subiectivă a conduitei acestor persoane, prima fiind exprimată printr-o judecată deliberată de a-și avansa propriile interese în afaceri, moment în care exprimarea loialității față beneficiarii primari este fundamentală în *common law*. A doua posibilitate este ignorarea sau neglijarea conștientă sau intenționată a obligației de a proteja acționarii minoritari în fața riscului despre care avea cele mai multe cunoștințe.

²³ Cauza *Emerging Communications Inc. Shareholders Litigation*, 16415, Delaware Chancery Court, 2004.

Așadar, un astfel de mandatar este fie interesat în mod indirect ori încalcă standardul Disney, în ambele cazuri fiind vorba despre încălcări ale obligației de loialitate și a bunei-credințe.

Aceste exemple subliniază nu doar natura subiectivă a bunei-credințe și legătura ei strânsă cu noțiunea de loialitate, dar evidențiază și modul în care atitudinea și modul de gândire al administratorilor se poate determina *ex post* prin analiza conduitei concrete și din alte aspecte circumstanțiale. Independența reprezintă o caracteristică obiectivă a poziției administratorului, în măsură să creeze așteptări și să inspire încredere, iar nu un concept subiectiv al stării de spirit. Așadar, conflictele de interese au tot un înțeles obiectiv și sunt determinate de o situație concretă căreia îi poate fi atașată o consecință legală. Prin urmare, obligația de loialitate reprezintă un standard de conduită obiectiv, care acoperă situațiile care implică un conflict între părțile interesate, spre deosebire de buna-credință, care are puternice încălcături subiective.

156. Jurisprudența după anul 2000, care începea să respingă independența bunei-credințe în rândul obligațiilor fiduciare, s-a aplecat mai degrabă spre caracterul obiectiv al acestui concept, oferind interpretări distincte naturii standardului Disney. Instanțele au încercat să determine dacă reaua-credință reprezintă o încălcare a obligației de diligență și prudență sau a loialității²⁴. Această abordare obiectivă a standardului, avându-și originea în cauza Disney, se fundamentează pe cunoaștere și înțelegere conștientă, care reprezintă dovezile circumstanțiale ale modului de gândire. Potrivit acestei interpretări, analiza judiciară a acțiunilor din perspectiva identificării neglijării intenționate și conștiente a obligațiilor de către consiliul de administrație va trebui să determine o decizie cel puțin nerezonabilă, respectiv să nu prezinte un caracter irațional. Doctrina și jurisprudența au clarificat faptul că o neglijare intenționată a obligațiilor inerente funcției de administrare, o desconsiderare intenționată a responsabilităților, reprezintă un standard edificator pentru determinarea acționării cu bună-credință²⁵. Indiferența deliberată față de o obligație de a

²⁴ Cauza *Integrated Health Services Inc. v. Elkins*, no. 20228-NC, Delaware Chancery Court, 2004.

²⁵ Bruner, C. M.: *Good faith, state of mind and the outer boundaries of director liability in corporate law*, Wake Forest Law Review nr. 41/2006, p. 1168.

face reprezentă în opinia noastră o clară lipsă de loialitate față de societate și indică o conduită care nu este demnă de încredere.

Până în prezent, nici doctrina și nici jurisprudența nu au oferit un răspuns clar și edificator cu privire la natura bunei-credinței în guvernanța corporativă. Deși doctrina a încercat clasificarea acestui concept ca o instituție „supra-fiduciară”, doctrina majoritară privește în continuare buna-credință ca o condiție a fiecăreia din obligațiile fiduciare tradiționale.

Apreciem că, atâta vreme cât buna-credință este percepută ca un imperativ, caracterizarea acestei instituții ca obligație fiduciară distinctă nu prezintă o importanță funcțională, nici măcar din perspectiva angajării răspunderii administratorilor. Acțiunile întreprinse fără bună-credință, indiferent dacă se înscriu în câmpul de aplicare a aspectelor obligației de loialitate sau a obligației de diligență și prudență, reprezintă, în orice situație, conduite care nu pot fi exonerate *ab initio* deoarece sunt neloiale față de societate.

2.3. Declinul autonomiei obligației fiduciare de bună-credință

157. Conturarea independenței bunei-credințe de către Curtea Supremă din Delaware și includerea acesteia în triada obligațiilor fiduciare s-a bucurat inițial de mulți susținători renumiți în domeniu, care au subliniat utilitatea triadei în jurisprudența subsecventă²⁶. Justificarea era aceea că, în căutarea unui răspuns la întrebările fundamentale ale dreptului societar, instanțele care aplică un standard de bună-credință nu ar trebui să se limiteze la niciuna dintre obligațiile fiduciare tradiționale, ci să considere buna-credință ca fiind „un instrument flexibil, pe care îl pot utiliza pentru angajarea răspunderii sau în scenarii care nu se încadrează perfect în categoriile doctrinare consacrate”²⁷. Prin descrierea noțiunii de loialitate într-o manieră vastă, jurisprudența de *common law* începe să includă obligația de a acționa cu bună-credință pentru avansarea intereselor societății, și nu pe cele proprii, în conținutul loialității.

²⁶ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 568 și Sale, H. A.: *Delaware's Good Faith*, Cornell Law Review nr. 89/2004.

²⁷ Griffith, S. J.: *Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence*, Duke Law Journal nr. 55/2005, p. 34.

În cauza *Disney*, instanța a demarat o discuție controversată și o analiză a conținutului și rolului buneii-credințe, admitând faptul că „obligația de a acționa cu bună-credință este până în acest moment rar inclusă în actele constitutive”, fiind un „concept pierdut în ceața jurisprudenței difuze”²⁸. Instanța a evitat în mod vizibil să afirme categoric dacă buna-credință servește alături de diligență și prudență și alături de obligația de loialitate ca un fundament independent pentru angajarea răspunderii unui mandatar al societății. Ceea ce instanța a respins cu certitudine, a fost teoria susținută de reclamanți, respectiv includerea buneii-credințe ca element al obligației de diligență și prudență, afirmând că neglijența gravă, inclusiv lipsa de informare corespunzătoare cu faptele materiale avute la dispoziție, poate constitui rea-credință. Instanța a identificat buna-credință ca pe „un vehicul doctrinar pentru stabilirea sancțiunilor pentru conduita defectuoasă a administratorilor”, menționând cauze precedente referitoare la neglijarea deliberată, conștientă sau intenționată a obligațiilor.

Momentul decăderii triadei obligațiilor fiduciare este pronunțarea deciziei în cauza *Stone v. Ritter*²⁹ în anul 2006, prin care Curtea Supremă din Delaware a clarificat faptul că o conduită cu bună-credință este elementul central al obligației de loialitate și aceasta nu constituie o instituție separată în dreptul societăților. Începând cu această decizie, jurisprudența dominantă de *common law* a privit buna-credință ca un element definitoriu al atitudinii și al modului de gândire care ar trebui să ghideze un mandatar loial. Ulterior, decăderea triadei a fost rapidă și inevitabilă. Într-o succesiune rapidă a cauzelor, instanțele s-au orientat spre integrarea buneii-credințe ca pe o condiție a obligației de loialitate. Astfel, o conduită cu rea-credință este privită ca o încălcare a obligației de loialitate, iar loialitatea nu mai este limitată la cazurile care implică un conflict de interese financiar sau de altă natură, ci include și cazurile în care fiduciarul nu reușesc să dovedească buna-credință. Această cauză rămâne de referință, deoarece marchează stingerea triadei după doar 13 ani de existență în jurisprudență. Soluția a influențat evoluția dreptului din Delaware prin clasificarea fără îndoială a buneii-

²⁸ Cauza *Aronson v. Lewis*, *supra* 581.

²⁹ Cauza *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 2006 Del. LEXIS 597, Curtea Supremă din Delaware, 2006.

credințe ca element component al obligației de loialitate. Reclamanții devin astfel obligați să dovedească faptul că, administratorii care nu se află în conflicte de interese, au avut o conduită incompatibilă cu obligația de loialitate. Din această perspectivă, soluția nu subminează importanța bunei-credințe în dreptul societăților ci mai degrabă reprezintă o restabilire a rolului istoric al acesteia de a contribui la definirea și aplicarea obligației fiduciare centrale: obligația de loialitate.

3. Conținutul bunei-credințe în dreptul societar³⁰

158. În esență, buna-credință în dreptul societăților poate fi descrisă prin două concepte, și anume conceptul de bază al instituției și descrierea obligațiilor care compun și chiar definesc această noțiune³¹. La mijlocul secolului XX, un celebru profesor american³² susținea faptul că buna-credință nu ar avea un înțeles de sine stătător în dreptul contractelor speciale, ci ar reprezenta un mijloc de a exclude multe forme eterogene de rea-credință. Cu siguranță că această idee a fost infirmată de-a lungul timpului, prin analizarea bunei-credințe din punct de vedere etimologic și a identificării exemplurilor pe care le-a oferit jurisprudența de drept civil. Totuși, având în vedere amplitudinea conceptului de bună-credință, este mult mai ușor a include sau a exclude o anumită conduită sau decizie de afaceri din zona de aplicare a bunei-credințe decât a defini această obligație fiduciară controversată.

O caracteristică relevantă a instituției bunei-credințe în contextul argumentării existenței acesteia ca obligație fiduciară independentă este funcția sa supletivă și protectivă, domeniul de aplicare fiind definit contractual de către părți. Spre deosebire de dreptul contractelor speciale, în care practicienii preferă să definească buna-credință prin excluderea unor elemente din domeniul vast de aplicare al acestei instituții, în guvernanta

³⁰ Elementele obiective și subiective ale bunei-credințe în dreptul societăților au fost tratate în lucrarea Ponta, A.: *Good faith in corporate law – an independent fiduciary duty or an element of the duty of loyalty?*, Tribuna Juridică vol. 6, nr. 2, București, 2016, pp. 117-133, lucrare care a fost adaptată în prezentul capitol.

³¹ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 568, p. 4.

³² Summers, R. S.: *Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, Virginia Law Review nr. 195, Richmond, SUA, 1968.

corporativă, încadrarea unei conduite sau a unei decizii de afaceri în câmpul de aplicabilitate al buneii-credințe poate fi realizată mult mai tehnic.

Din analiza celorlalte obligații fiduciare, a metodelor de evaluare și a subiectivismului arbitralului sau a judecătorului pus în fața stabilirii unei conduite de bună-credință, guvernanța corporativă oferă, pe lângă posibilitatea de a exclude o decizie de afaceri din câmpul de aplicare al buneii-credințe, și posibilitatea caracterizării calității acestei decizii. Acesta reprezintă mai degrabă un test practic, care poate fi aplicat în cazul unei decizii concrete.

În evaluarea deciziilor administratorilor unei societăți, buna-credință vizează relația fiduciară, administratorii fiind obligați să servească interesele altora. Principiile fundamentale ale dreptului societăților sunt adesea definite prin enumerarea unor elemente: diligența și prudența are ca și premise gândirea rațională, în vreme ce loialitatea se compune din corectitudine (echitate) și sinceritate. Astfel, buna-credință este și aceasta definită de o concepție de bază, compusă din mai multe elemente.

159. Buna-credință presupune în primul rând onestitate subiectivă, care la rândul ei implică existența mai multor tipuri de sinceritate. Un administrator societar trebuie să creadă în mod sincer că atitudinea sa este în direcția avansării interesului societății, că informările pe care le face în calitate de reprezentant sunt conforme adevărului și că atitudinea sa se circumscrie unui comportament decent. Totuși, nu este suficient ca un administrator să fie onest, spre exemplu, prin diferite sisteme de convingere, o persoană dobândește siguranța că atitudinea sa exterioară este morală³³.

Făcând abstracție de chestiunile practice ale dovedirii buneii-credințe, dacă standardul buneii-credințe se concentrează exclusiv pe motivația administratorilor, atunci acest standard ignoră cu desăvârșire funcția acestei obligații. În aplicarea standardului de bună-credință unei decizii concrete de afaceri, se verifică fidelitatea pentru interesele cele mai potrivite pe care administratorul ar trebui să le servească. Motivația subiectivă și convingerea sinceră sunt măsuri surogat imprecise pentru măsurarea fidelității. Un

³³ Această convingere absolută a unei persoane în propriile virtuți, ca fiind un angajament față de propria voință mai mult decât față de propriul comportament virtuos, a fost subliniată referitor la ultimele zile ale lui Hitler, comparație pe care nu înțelegem să o dezvoltăm în acest context. A se vedea LaSalle, M.: *Downfall*, San Francisco Chronicle Datebook, august 2005, p. 28.

administrator poate să se înșele cu privire la rezultatele și efectele acțiunilor lui, ceea ce nu reprezintă o încălcare a obligațiilor sale fiduciare. Normele fiduciare privează titularul obligațiilor fiduciare de profitul derivat din încălcarea unei obligații, chiar dacă nu se cauzează nici un prejudiciu. Așadar, buna-credință din governanța corporativă include elemente subiective și obiective, dar jurisprudența de drept societar a subliniat dominanța elementelor obiective asupra celor subiective.

160. În jurisprudență se constată trei elemente obiective care fundamentează buna-credință în dreptul societar (Figura 6). În primul rând, buna-credință din dreptul societar impune unui administrator să nu încalce standardele general acceptate ale decenței aplicabile conduitei în afaceri. Acest element reflectă așteptările rezonabile ale societății și este conform cu standardul bunei-credințe în limbajul uzual, respectiv conformitatea cu standardele decenței.

În al doilea rând, buna-credință în dreptul societăților impune unui administrator să nu încalce normele conduitei de afaceri general acceptate³⁴. Acest element este adesea reflectat în actul constitutiv al societății și este analog înțelesului bunei-credințe în diferite coduri comerciale ale statelor din SUA, singura jurisdicție care face diferențe între codificarea bunei-credințe din dreptul comun și normele de bună-credință aplicabile în governanța corporativă³⁵.

În al treilea rând, buna-credință în dreptul societăților impune administratorilor să demonstreze fidelitate față de funcția lor. Acest element reflectă așteptările rezonabile ale acționarilor și se conformează uzanțelor standard, inclusiv loialitatea față de propriile obligații sau răspunderi. În acest context, funcția (*office*) reprezintă o poziție de răspundere, de încredere sau de autoritate într-o structură organizată. Fidelitatea față de funcție

³⁴ A se vedea Veasey, N. E.: *Corporate Governance and Ethics in the Post-Enron WorldCom Environment*, Wake Forest Law Review nr. 38/2003, „lipsa îndeplinirii așteptărilor minime ale standardelor de conduită poate ridica întrebări asupra bunei-credințe”.

³⁵ În înțelesul art. 2 din *Uniform Commercial Code (UCC)*, *supra* 87, prin buna-credință a unui profesionist se înțelege onestitatea și observarea standardelor comerciale rezonabile ale desfășurării afacerilor în mod corect. UCC este o colecție de acte normative din SUA promulgat pentru armonizarea normelor dreptului comercial și a operațiunilor între diferite state. Acest act normativ a dobândit influență internațională prin formularea Convenției ONU asupra contractelor de vânzare internaționale de mărfuri (1980).

reprezintă demersul de a executa funcția și rolul implicat de aceasta în maniera în care executarea este de așteptat în mod rezonabil, luând în considerare statutul funcției și organizația în care este incorporată.

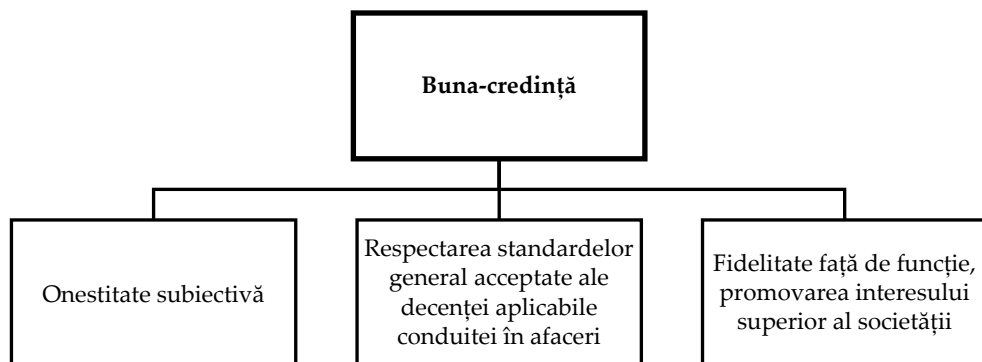


Figura 6. Reprezentarea concepției de bază a bunei-credințe în guvernanta corporativă

Rolul acestei concepții de bază (*baseline conception*) a bunei-credințe trebuie înțeleasă în contextul distincției între standardele de conduită și standardele de evaluare³⁶. Un standard de conduită relevă modul în care un actor trebuie să abordeze un anumit rol care îi este conferit. Un standard al controlului descrie testul aplicat de instanță în analiza conduitei actorului pentru a determina oportunitatea angajării răspunderii.

Dacă conceptul de bază al bunei-credințe ca obligație fiduciară reprezintă standardul de conduită, lipsa conformării cu această concepție nu determină prin sine însăși angajarea răspunderii. Răspunderea va fi angajată doar sub condiția încălcării anumitor îndatoriri care determină obligația de bună-credință. În acest sens, buna-credință acționează la fel ca și obligația de diligență și prudență și ca și obligația de loialitate. Instanțele nu angajează răspunderea unui administrator din simplul motiv că acesta a acționat fără diligență și prudență. Angajarea răspunderii este justificată de motivul că administratorul a încălcat o obligație specifică inclusă în diligență și prudență, precum îndatorirea de a fi informat corespunzător înaintea luării unei decizii. În același sens, instanțele nu angajează răspunderea unui

³⁶ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 569.

administrator doar pe temeiul acționării neloiale, ci în baza încălcării îndatoririi de a nu se angaja în afaceri în interesul propriu la un preț necinstit.

161. Faptul că *baseline conception* a bunei-credințe nu reprezintă în sine o regulă de angajare a răspunderii nu înseamnă că îi lipsește semnificația legală. Elementele concepției de bază a obligației de bună-credință în dreptul societar sunt onestitatea subiectivă, respectarea standardelor general acceptate ale decenței aplicabile conduitei în afaceri, a normelor de bază general acceptate în afaceri și devotamentul față de funcție. Această concepție de bază are trei funcții. În primul rând, reprezintă un standard de conduită, în al doilea rând, elementele sale ajută determinarea faptului dacă un administrator a îndeplinit condiția bunei-credințe și în al treilea rând servește ca platformă pentru dezvoltarea unor obligații specifice, care conferă conținut bunei-credințe în cazurile în care aceasta acționează ca regulă de angajare a răspunderii.

În urma expunerii concepției de bază, apreciem că buna-credință ar trebui privită ca o obligație fiduciară distinctă și legiferată ca atare, o instituție care înglobează loialitatea. În primul rând, importanța aplicării bunei-credințe, în situațiile în care conduita necorespunzătoare a administratorilor excedă diligența și prudența și loialitatea, reiese din faptul că acestea au în înțelesul lor tradițional limite bine definite. Obligațiile fiduciare tradiționale se pot dovedi a nu fi suficient de solide pentru a proteja interesele acționarilor în situațiile în care consiliul este sfătuit greșit, ținut de un acționar cu putere mare de control sau când nu se află în situația altor conflicte de interese. Buna-credință servește umplerii acestei lacune și asigură că persoanele cărora acționarii le-au acordat încredere pentru a le conduce societatea, îndeplinesc acest mandat cu onestitate și cu înțelegerea intereselor celor care i-au numit. Această obligație acoperă mai multe tipuri de situații în care actele sau conduita unui administrator, deși necorespunzătoare, nu încalcă nici obligația de diligență și prudență și nici obligația de loialitate.

În al doilea rând, diferite reguli care limitează obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate se dovedesc inaplicabile în situațiile guvernate de bună-credință. O gamă largă de reguli limitează angajarea răspunderii unui administrator în aplicarea obligațiilor fiduciare

tradiționale. Un administrator nu va răspunde pentru încălcarea obligației de diligență și prudență, chiar dacă acționează neglijent, deoarece conduita sa va fi protejată de regula judecății de afaceri, de criteriul neglijenței grave sau de clauze statutare de exonerare. În cazul obligației de loialitate, afacerile în conflict de interese pot fi sustrate evaluării judiciare dacă sunt aprobate de administratorii independenți. În mod similar, un administrator care vinde societății un imobil, proprietatea sa, la un preț la limita superioară a prețului pieței, nu va răspunde pentru încălcarea obligației de loialitate.

Apreciem că prejudiciul cauzat societății și profitul corelativ al administratorului nu ar trebui să reprezinte *per se* un temei al încălcării bunei-credințe. De exemplu, un administrator care determină în mod conștient societatea să încalce legea, va încălca buna-credință chiar dacă încălcarea legii maximizează profiturile societare. Administratorul care acționează în baza unor motive nelegitime fără implicații financiare, nu va acționa cu bună-credință chiar dacă acțiunea sa izolată nu dăunează societății.

În al treilea rând, buna-credință funcționează ca fundament de principiu pentru articularea unor noi obligații fiduciare specifice. Dreptul societăților este una dintre ramurile de drept supusă celor mai multe modificări ca răspuns al schimbărilor sociale. Circumstanțele pieței, practicile în afaceri și înțelesul eficienței se schimbă, iar normele aplicabile conduitei în afaceri evoluează de asemenea. Prin analogia caracteristicilor instituției bunei-credințe din dreptul societar și din dreptul contractelor, această instituție reușește să atingă obiectivele fundamentale ale politicilor oricărui sistem de norme.

4. Obligații specifice aflate în câmpul de aplicare a bunei-credințe

4.1. *Obligația de a nu pune societatea în situația de a încălca legea*³⁷

162. Una dintre premisele fundamentale ale guvernantei corporative este obligația mandatarilor sociali de a lua decizii în scopul promovării

³⁷ Această obligație fiduciară subsidiară a fost analizată inițial în lucrarea Ponta, A.: *Director's duty not to consciously determine the company to break the Law – Reality or Controversy?*, Tribuna Juridică vol. 8, nr. 3/2018, pp. 624-644, iar prezenta secțiune reprezintă o adaptare a lucrării menționate.

intereselor societății, acordând în același timp atenție îndatoririi de a maximiza profiturile societății și dividendele acționarilor³⁸. Dreptul societar a dezvoltat mecanisme de verificare a conduitei administratorilor și a îndeplinirii scopurilor pentru care au fost numiți. Din dorința de a atinge performanțe ridicate în îndeplinirea mandatului acordat și recompense suplimentare, dar și din teama de a fi înlocuiți sau sancționați, membrii organelor de conducere optează adesea pentru metode rapide și eficiente de a atinge aceste scopuri, neglijând calitatea, moralitatea și uneori chiar legalitatea mijloacelor alese.

Susținătorii teoriei potrivit căreia, societatea este o entitate formată pentru atingerea obiectivului de creștere a averii acționarilor nu sunt doar juriștii de *common law*. Aceștia justifică scopul conduitei administratorilor ca fiind exclusiv în interesul acționarilor și nu al altor actori ai pieței, ceea ce implică urmărirea profiturilor societății pe termen lung, fără a lua în considerare consecințele pe care le suferă terții³⁹. Obligațiile fiduciare au rolul de a ghida conduita administratorilor și deciziile lor în situațiile de conflict de interese, iar dreptul societăților conține suficiente norme care protejează interesele terților. Totuși, observăm un număr redus de norme care încurajează mandatarii să acționeze cu responsabilitate socială.

Un principiu consacrat ca și condiție esențială a îndeplinirii bunei-credințe este acela potrivit căruia, administratorul este obligat să nu cauzeze în cunoștință de cauză o situație în care societatea să fie obligată să încalce legea, chiar dacă în urma unei judecăți raționale, consecința previzibilă a încălcării legii este maximizarea dividendelor acționarilor și a profitului societății. Raționamentul instituirii acestei obligații este faptul că o societate în care indivizii se supun legii, doar pentru că se tem de sancțiunile legale, nu poate supraviețui, iar pentru atingerea succesului unei societăți, majoritatea membrilor săi trebuie să internalizeze obligația morală de a respecta legea. Această obligație morală include standardele general acceptate ale decenței și ale onestității și nu se rezumă la îndatorirea de a respecta normele legale⁴⁰. Astfel, este irelevant dacă raționamentul celui care

³⁸ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 568, p. 5.

³⁹ Rosenberg, D.: *Delaware's expanding duty of loyalty and illegal conduct: A step towards Corporate Social Responsibility*, Santa Clara Law Review vol. 52, nr. 1/2012, p. 82.

⁴⁰ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 568, p. 32 și Rosenberg, D., *supra* 602, p. 101.

a luat decizia s-a fundamentat pe faptul că sancțiunile legale și prejudiciul cauzat (reputației) societății sunt disproporționate față de probabilitatea descoperirii ori dacă sancțiunile prevăzute sunt mai reduse decât profitul estimat în urma încălcării legii.

Interesul social de a interzice administratorilor să determine în mod conștient societatea să încalce legea în căutarea creșterii profitului devine din ce în ce mai puternic. Vom analiza compatibilitatea principiului conduitei conforme cu legea cu principiul maximizării profiturilor societății/acționarilor, respectiv cu însuși obiectivul înființării și a existenței societății. O parte a doctrinei apreciază că un administrator care determină societatea să încalce legea sau care descoperă că societatea nu respectă prevederile legale și nu ia măsuri pentru oprirea practicilor după ce a luat cunoștință de aceasta, încalcă obligația de loialitate. Alți autori apreciază că administratorii au obligația de a adopta și de a pune în practică reguli și proceduri care să asigure respectarea legii, astfel că un administrator care determină în mod voit societatea să încalce legea încalcă obligația de diligență și prudență.

Vom demonstra că niciun mecanism de limitare a angajării răspunderii nu poate funcționa pentru actele sau omisiunile săvârșite fără bună-credință, datorită unei conduite intenționat necorespunzătoare sau prin încălcarea intenționată a legii. În final, vom evalua abordările legislative pentru care au optat statele membre ale Uniunii Europene și angajarea răspunderii administratorilor societari pentru actele și faptele ilicite ale societății administrate.

Înainte de anul 1985, angajarea răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligației de diligență și prudență avea loc foarte rar în practică, în lipsa identificării concrete a unor elemente ale conflictului de interese, respectiv ale obligației de loialitate. Ulterior, statele au început să permită includerea unor clauze statutare de limitare sau înlăturare a răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligației de diligență și prudență, astfel încât tendința jurisprudențială a fost definirea conflictelor de interese pentru a păstra esența obligației de loialitate și a evita mecanisme de protecție a administratorilor cu conduite neloiale⁴¹. Prin această evoluție, buna-credință

⁴¹ Konstant, P. C.: *Meaningful Good Faith: Managerial Motives and the Duty to Obey the Law*, New York Law School Law Review vol. 55, 2010/2011, p. 425.

a dobândit o importanță deosebită, fiind condiționată de absența unei conduite de rea-credință, de motivația interioară de a cauza un prejudiciu societății sau de a determina societatea să încalce legea.

163. Acțiunile persoanei juridice sunt determinate de intențiile celor care o administrează, iar jurisprudența majoritară apreciază că îndeplinirea elementelor bune-credințe depinde de intenția administratorilor de a lucra în avantajul societății⁴². Chiar și codurile de conduită⁴³ subliniază obligația societății de a respecta legea în derularea afacerilor încheiate, și nu aceea a organelor de administrare sau a reprezentanților. În plus, se pune întrebarea efectelor angajării răspunderii administratorilor. În jurisprudența contemporană, sunt puține actele *ultra vires* ale administratorilor care sunt sancționate cu plata de daune interese în favoarea societății, cele mai comune fiind cazurile de depășire a puterii administratorilor într-o strategie de împiedicare a preluării. Apreciem că angajarea răspunderii personale a administratorilor pentru aceste fapte ar fi eficientă pentru a asigura respectarea normelor de drept pozitiv și implementarea unor sisteme interne de monitorizare ori, ceea ce se întâlnește destul de des în instituțiile financiare din întreaga lume, departamente de *compliance*.

În continuare, vom prezenta încercările doctrinare de a include această obligație în una din obligațiile fiduciare tradiționale, dintre care apreciem că buna-credință ar oferi cele mai potrivite auspicii. Vom demonstra că această îndatorire, numită în doctrina de *common law*, *duty of obedience*, clarifică rolul mandatarilor și asigură conformitatea cu normele interne și externe, fiind un reper de evaluare a conduitei atât pentru acționari cât și pentru instanțe.

4.1.1. Caracterele obligației de a respecta normele de drept pozitiv

164. Încă de la primele abordări doctrinare ale obligației administratorilor de a determina societatea să respecte legea, analiza costurilor și a câștigurilor a fost printre primele aspecte avute în vedere de practicieni pentru angajarea răspunderii administratorilor. Potrivit acestei

⁴² Cauza *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717, Curtea Supremă din Delaware, 1971.

⁴³ Principiile propuse de *American Law Institute*, a se vedea *supra* 207.

teorii, „avantajele” respectării legii se măsoară comparând profiturile obținute fără încălcarea legii cu prețul plătit pentru încălcarea normelor⁴⁴. În abordarea jurisprudențială actuală, calculele efectuate pentru a compara profitul și pierderile nu și-au pierdut valoarea, deoarece în majoritatea statelor, angajarea răspunderii administratorului pentru prejudiciul cauzat societății se va face în limita prejudiciului care depășește profitul obținut, chiar dacă protecția regulii judecății de afaceri nu este aplicabilă.

Este evident că nu orice deviere a societății de la regulile esențiale va întruni condițiile angajării răspunderii administratorilor, așa cum nici orice act neglijent sau neloial nu determină angajarea răspunderii administratorului. Mandatarii sociali sunt puși în fața unor decizii de afaceri în fiecare zi, uneori calculele beneficiilor și costurilor fiind determinante pentru încălcarea normelor legale de către societate, dacă beneficiile prevăzute pentru societate depășesc sancțiunile legale probabile. Spre exemplu, o societate care livrează mâncare va alege adesea să parcheze în locuri nepermise sau să nu achite tichetele de parcare pe durata timpului scurt al livrării și acordă o valoare mai mare prestării serviciului în timp scurt față de consecințele nerespectării regulilor de trafic⁴⁵.

Justificarea invocată de administratori pentru încălcarea legii este îndeplinirea obligației legale de a avansa interesele societății. Anumite opinii doctrinare susțin idea detașării acestei obligații de obligațiile fiduciare tradiționale și determinarea unui statut autonom al acesteia⁴⁶, opinie pe care nu o îmbrățișăm, deoarece obligația de a nu încălca legea este unul dintre elementele fundamentale care raționalizează caracterul de sine-stătător al bunei-credințe. Existența acestei îndatoriri, ca element al altei obligații fiduciare, este imperativă pentru guvernanta corporativă, deoarece chiar dacă administratorii de bună-credință nu vor încălca legea în scopul maximizării profiturilor societății, alți mandatarii mai agresivi vor putea prelua inițiativa pentru a atinge obiectivele societății prin mijloace ilicite⁴⁷.

⁴⁴ Easterbrook, F. H., Fischel, D. R.: *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, Michigan Law Review nr. 80/1996, p. 1177.

⁴⁵ Palmiter, A. R.: *Duty of Obedience: The Forgotten Duty*, New York Law School Law Review vol. 55, 2010/2011, p. 459.

⁴⁶ A se vedea Konstant, P. C., art. precitat supra 604, p. 430 și Palmiter, A. R., art. precitat supra 608, p. 458.

⁴⁷ Clark, R. C.: *Corporate Law*, 1986, Ed. Little Brown, Delaware, p. 686

Ironia face că, regula judecății de afaceri, ca element al unei structuri de protejare a mandatarilor care avansează interesul superior al societății, îi protejează pe aceștia uneori în situațiile în care aleg în mod rațional să încalce legea pentru a maximiza profiturile acționarilor în dauna altor actori ai pieței. Fundamentul acestor decizii de afaceri este determinat de devotamentul administratorilor pentru interesele societății, motiv pentru care jurisprudența a dezvoltat noțiunea de „fidelitate legală” pentru situațiile în care un administrator determină societatea să încalce norme de drept pozitiv⁴⁸. Contrar motivării instanțelor, apreciem că fidelitatea față de lege nu este un element al obligației de loialitate, deoarece beneficiarii celor două obligații sunt diferiți. Fidelitatea față de lege este datorată comunității în ansamblu și statului, pe când obligația de loialitate este exercitată în relația cu societatea administrată.

Un alt motiv pentru care explicitarea acestei obligații este importantă, rezidă în aplicarea normelor de angajare a răspunderii penale a persoanei juridice, care sunt destul de noi în majoritatea jurisdicțiilor de drept continental. În plus, sarcina probei pentru dovedirea intenției sau cunoștinței administratorilor despre încălcarea legii, incumbă reclamanților și este dificilă.

Unul dintre motivele includerii jurisprudențiale a bunei-credințe în cadrul obligației de loialitate⁴⁹ a fost determinat de dificultățile întâlnite în practică pentru dovedirea încălcării bunei-credințe. Încălcarea bunei-credințe se poate determina foarte rar prin săvârșirea unei singure fapte și, de obicei, se impun încălcări sistemice și regulate sau continue, cum ar fi încălcarea obligației de a monitoriza societatea și afacerile curente. Ambiția administratorilor de creștere continuă a profiturilor societății determină presiuni asupra executivilor și angajaților, care vor opta pentru metode alternative de a depăși concurența. Apreciam că pentru delimitarea conținutului obligației de a nu se încălca legea, nu prezintă o importanță deosebită dacă aceasta este inclusă în cadrul obligației de loialitate, a diligenței și prudenței sau a bunei-credințe, numitorul comun al fiecărei opțiuni este faptul că încălcarea unei norme de drept pozitiv nu poate

⁴⁸ Cauza *Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492, Delaware Chancery Court, 2003.

⁴⁹ Cauza *Stone v. Ritter*, *supra* 592.

reprezenta o conduită de bună-credință. Astfel, niciun mandatar nu are dreptul să opteze pentru administrarea unei societății într-o modalitate contrară legii, chiar dacă apreciază că eficiența activității nelegale va conduce la profituri pentru societate⁵⁰.

Utilitatea conștientizării acestei îndatoriri pare evidentă, însă o mare parte a doctrinei critică expansiunea bunei-credințe în sensul absorbirii acesteia. Justificarea este aceea că, dacă încălcarea unei norme legale reprezintă un act săvârșit fără bună-credință, încălcarea normelor de drept pozitiv ar traduce mereu o conduită de rea-credință, iar răspunderea administratorilor nu va putea fi limitată sau înlăturată în nicio situație⁵¹. Astfel, s-ar diminua autoritatea consiliului de administrație, administratorii ar fi deosebit de expuși angajării răspunderii pentru deciziile de afaceri și s-ar permite instanțelor o evaluare substanțială a deciziilor de afaceri. Nu îmbrățișăm aceste opinii, deoarece stabilizarea acestei îndatoriri în guvernanta corporativă ar determina responsabilizarea administratorilor și crearea unei bariere pentru tentațiile de a alege metode ilicite și imorale pentru succese rapide. Mai mult, conceptualizarea acestei îndatoriri în rândul obligațiilor administratorilor nu ar oferi instanțelor posibilitatea evaluării deciziilor de afaceri luate cu bună-credință și cu diligență și prudență, deoarece acestea vor fi protejate de efectele regulii judecătii de afaceri.

4.1.2. Conținutul și câmpul de aplicare

Am arătat că actele și faptele societății care încalcă normele legale sunt incompatibile cu așteptările conduitei fiduciare, chiar dacă, în esența lor, îndeplinesc condițiile de diligență și prudență și nu reprezintă acte neloiale. Apreciem că în câmpul de aplicare al acestei obligații, numite în doctrina de *common law duty of obedience*, se înscriu atât normele de drept pozitiv, cât și normele interne ale societății, codurile de guvernanta corporativă și alte reguli de conduită destinate administratorilor societari.

⁵⁰ Cauza *Metro Communication Corp BVI v. Advances Mobilecomm Technologies Inc.*, 854 A.2d 131, Delaware Chancery Court, 2004 și cauza *Desimone v. Barrows*, 924 A.2d 934, Delaware Chancery Court, 2007.

⁵¹ Bainbridge, S. M., Lopez, S., Oklan, B.: *The Convergence of Good faith and Oversight*, University of California Los Angeles Law Review nr. 55/2008, p. 591.

Duty of obedience reprezenta o obligație de sine-stătătoare înainte de formularea triadei obligațiilor fiduciare. Deși și-a pierdut caracterul independent, această obligație are același conținut, și anume interzice săvârșirea actelor *ultra vires* de către administratorii societari, respectiv acte care depășesc autoritatea lor și care se află dincolo de obiectul de activitate al societății⁵².

Evoluția guvernantei corporative în *common law* și în sistemul de drept civil a urmărit dezvoltarea noțiunii de autoritate. La început, jurisprudența evalua exercitarea puterilor conform normelor legale și a actului constitutiv, iar doctrina *ultra vires* proteja acționarii de abuzurile administratorilor, comise fie prin depășirea puterilor conferite prin mandat, fie prin acte ilegale, fie prin depășirea puterilor de către societate. Această doctrină asigură respectarea normelor de drept pozitiv, activitățile nelegale săvârșite de societate erau absorbite de categoria vastă a activităților *ultra vires*, chiar și cele săvârșite pentru avansarea propriilor interese⁵³.

Un caz celebru pentru aplicarea doctrinei *ultra vires* referitor la încălcarea legii de către un administrator societar este cauza *Roth v. Robertson*⁵⁴. Directorul general al unui parc de distracții din apropierea cascadei Niagara a pus societatea în situația de a oferi sume de bani persoanelor din vecinătatea parcului care au amenințat cu sesizarea autorităților pentru că parcul era operat și duminica, cu încălcarea normelor legale privind liniștea. Fără îndoială că administratorul a luat această decizie pentru a maximiza profiturile societății, deoarece majoritatea turiștilor vizitau parcul la sfârșit de săptămână, și pentru că a crezut în mod rațional că profiturile previzibile obținute din deschiderea parcului duminica ar depăși costul unei posibile sancțiuni, cu luarea în calcul a șanselor de descoperire și sancționare efectivă. Instanța a reținut faptul că administratorul răspunde personal pentru acordarea acestor plăți ilegale și a dispus returnarea de către acesta a fondurilor „irosite în dauna acționarilor”, fiind ilegale, de o moralitate îndoielnică și *ultra vires*.

⁵² Cauza *Gearhart Indus Inc. v. Smith International Inc.*, 741 F.2d. 707, Delaware 5th circuit, 1984.

⁵³ Greenfield, K.: *Ultra Vires Lives! A Stakeholder Analysis of Corporate Illegality*, Virginia Law Review nr. 87/2001, p. 1314.

⁵⁴ Cauza *Roth v. Robertson*, 18.351, Curtea Supremă din New York, 1909.

Efect al doctrinei *ultra vires*, obligația de a respecta legea, împiedică o societate să acționeze dincolo de limitele conferite și obligă mandatarii să nu săvârșească acte prin care încalcă norme interne sau norme legale aplicabile. Se confirmă esența acestei obligații, îndatorirea administratorilor de a nu permite ilegalități corporative printr-o conduită intenționată, chiar și neglijentă, care deviază de la reguli din alte sfere de drept⁵⁵.

Odată cu dezvoltarea guvernantei corporative, doctrina și jurisprudența au evoluat de la răspunderea personală a administratorilor pentru acte și fapte neautorizate, la neîndeplinirea obligației de a acționa în mod responsabil, echivalentul unei permutări de la noțiunea de „autoritate” la cea de „obligație”. În anii '80, teoria contractuală și echivalarea societății moderne cu un *nexus* de contracte au condus la idei doctrinare care negau existența obligației de a nu încălca legea, având în vedere scopul superior al societății de a atinge maximul de profit, și nu de a urma instrucțiuni prestabilite⁵⁶.

165. Conceptul de „încălcare eficientă a legii” și acela al „respectării eficiente” subminează valoarea legii în aceeași manieră, tratând normele legale ca metode de stabilire a prețurilor și a conduitei⁵⁷. Luarea deciziei de a respecta legea și determinarea importanței normei legale în funcție de eforturile financiare pe care societatea ar trebui să le facă pentru a avea o conduită corespunzătoare, conduc la ideea eronată că o societate ar putea să

⁵⁵ În cauza *Stone v. Ritter*, *supra* 592, instanța a apreciat că administratorii încalcă obligația de bună-credință dacă „cunosc sau trebuiau să cunoască încălcarea legii”. Încălcarea legii are loc prin ignorarea „unor semne de pericol evident” al conduitei nelegale. În cauza *Caremark*, *supra* 584, instanța a apreciat că eroarea sistematică și continuă de a nu fi instalat un sistem de raportare care să identifice conduita ilegală reprezintă o încălcare a obligației de diligență și prudență.

⁵⁶ A se vedea Easterbrook, F. H., Fischel, D. R., *art. precitat supra* 607, p. 1168 și Blair, M. M., Stout, L. A.: *Specific Investment: Explaining Anomalies in Corporate Law*, *Journal for Corporate Law at the University of Iowa* vol. 31/2006, p. 726. Propunerea doctrinară a profesorilor Easterbrook și Fischel a fost privită foarte critic de doctrină. Viziunea acestora, potrivit căreia administratorii nu au o obligație generală de a respecta legea atunci când încălcarea legii este profitabilă pentru societate, a uimit doctrina și jurisprudența de drept comercial din anii '80. Criticile nu au încetat să continue, a se vedea Williams, C. A.: *Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency*, *North Carolina Law Review* vol. 76 nr. 4/1998, p. 1266, Greenfield, K.: *Corporate Ethics in a Devilish System*, *University of Maryland Journal of Business and Technology Law* vol. 3/2008, p. 427.

⁵⁷ A se vedea Williams, C. A. *art. precitat supra* 619, p. 1267.

„achiziționeze” dreptul de a încălca legea prin asumarea riscului de a fi sancționată. Efectul interpretării conduitei corespunzătoare legii ca pe un cost, este crearea unei abordări opționale a legii, diferențiind între situațiile de obligativitate și de facultativitate a respectării normelor legale prin crearea unui drept de alegere a asumării riscurilor descoperirii încălcării. Din aceste motive, această teorie a fost respinsă în favoarea unei abordări civice a obligațiilor legale și a responsabilității sociale.

166. În continuare, jurisprudența a creat „regula pierderii nete”, potrivit căreia administratorii răspundeau doar în cazul în care pierderea suferită de societate depășea profitul pe care aceasta l-a avut de pe urma încălcării legii, respectiv erau sancționabile doar încălcări grave ale legii, care aveau ca efect prejudicii semnificative⁵⁸.

Odată cu dezvoltarea obligațiilor fiduciare, doctrina *ultra vires* a pierdut din importanță, iar obligația care o încorporează a devenit reziduală în lipsa unei jurisprudențe bogate. Ea a dispărut în maniera în care a fost înțeleasă la început, *duty of obedience* aplicându-se și în cazul regulilor impuse de societatea-mamă față de o subsidiară. În maniera înțeleasă actual, această îndatorire este recunoscută universal, și chiar dacă legătura pe care o are cu una dintre obligațiile fiduciare tradiționale este dezbătută, existența acesteia este recunoscută unanim în doctrină.

Doctrina *ultra vires* și obligația de a respecta legea și-au redobândit importanța când administratorii societari au început să testeze limitele puterii lor de administrare și în cazurile în care se dovedea necesitatea integrării unor sisteme interne de asigurare a respectării normelor interne și externe. Odată cu decăderea fundamentării obligației de a nu încălca legea pe doctrina *ultra vires*, recunoașterea doctrinară și jurisprudențială a acesteia a urmat tendința includerii în cuprinsul obligației de a respecta regulile interne ale societății și normele de guvernanță corporativă, recomandările codurilor de guvernanță corporativă și bunele practici. Astfel, termenul de *compliance*, care este utilizat în majoritatea jurisdicțiilor, reprezintă premisele societății moderne.

⁵⁸ Ryan, P. J.: *Strange Bedfellows: Corporate Fiduciaries and the General Law Compliance Obligation in Section 2.01(a) of The ALI Principles of Corporate Governance*, Washington Law Review nr. 66/1991, p. 495.

În mod natural, regula pierderii nete a fost abandonată, angajarea răspunderii administratorului în funcție de valoarea socială protejată de norma de drept încălcată fiind incompatibilă cu guvernanta corporativă contemporană, care promovează comportamentul integru, loial și corect. Această teorie este respinsă și de jurisprudență, chiar și în situațiile în care norma încălcată corespunde unei contravenții⁵⁹.

Teoria contractuală a formării societății este opusă teoriei contemporane a abordării societății ca o instituție socială. Astfel, încălcarea conștientă a legii nu poate fi justificată în dreptul afacerilor, nici prin evaluarea *ex ante* a costurilor și beneficiilor preconizate, nici *ex post* a rezultatelor concrete⁶⁰. Societatea și-ar pierde credibilitatea și legitimitatea în situația în care cultura organizațională ar permite executivilor să încalce norme de drept pozitiv cu obiectivul creșterii profiturilor.

167. În legislațiile actuale se simte lipsa unei formulări clare a obligației de a respecta legea și poziționarea acestuia în structura guvernantei corporative. Nici jurisprudența nu oferă un model clar de încadrare a acestei obligații. La începutul secolului XX, instanțele au apreciat că încălcarea obligației administratorului de a respecta legea reprezintă o obligație de sine-stătătoare⁶¹, apoi au inclus această obligație în conținutul obligației de loialitate⁶², preponderent în cazurile în care administratorii nu au respectat normele interne sau instrucțiunile primite. În aceste cazuri, instanța a condiționat îndeplinirea acestei obligații de buna-credință. Nu îmbrățișăm această abordare, deoarece respectarea instrucțiunilor primite de la acționari se încadrează în obligația de loialitate, iar obligația de a nu încălca legea trebuie să prevaleze instrucțiunilor primite de la acționari, fiind aplicabilă chiar și atunci când acționarii influențează administratorii să ia decizii contrare legii. De aceea, obligația de a respecta legea este un element intrinsec

⁵⁹ Instanța a reținut că depășirea vitezei legale de către angajații prestatorilor de servicii poștale nu reprezintă o justificare pentru creșterea profiturilor societății. În anul 1994, consiliul de administrație al United Parcel Service of America a permis șoferilor să colecteze amenzi pentru depășirea vitezei în sumă de 1.5 mil. USD doar în New York.

⁶⁰ A se vedea Palmiter, A. R., *art. precitat supra* 608, p. 475.

⁶¹ Cauza *Miller v. American Telephone and Telegraph Company (AT&T)*, 507 F.2d 759, Court of Appeals for the 3rd Circuit, 1974.

⁶² Cauza *Ryan v. Gifford*, 918 A.2d 341, Delaware Chancery Court, 2007.

al bunei-credințe, dar nu și al obligației de loialitate, iar încadrarea obligației de a nu încălca legea în conținutul obligației de loialitate nu este oportună.

În alte situații, instanțele au apreciat că neîndeplinirea acestei obligații este o chestiune de diligență și prudență⁶³, prin omisiunea îndeplinirii obligației de a stabili și implementa sisteme interne de control care să identifice nerespectarea normelor legale. În prezent, Germania și Franța împărtășesc această viziune. Apreciem că, prin încadrarea acestei îndatoriri în conținutul diligenței și al prudenței, s-ar pierde valoarea inerentă a obligației de a nu determina societatea să încalce legea. Totodată, evaluarea deciziei de implementare a unui sistem de control interior s-ar înscrie în câmpul de aplicare al obligației de diligență și prudență, fiind astfel supusă, ca oricare altă decizie de afaceri, protecției regulii judecătii de afaceri.

Apreciem că includerea acestei îndatoriri în buna-credință nu lipsește obligațiile fiduciare tradiționale de efectele acesteia. Dimpotrivă, acestea o vor include ca element component al bunei-credințe, care este absorbită atât de obligația de loialitate, cât și de obligația de diligență și prudență. Formularea acestei obligații va trebui să diferențieze între procesele decizionale rezonabile, prin care societatea își asumă riscuri și încălcă în mod accidental și excepțional unele reguli de conduită, cum ar fi parcare ilegală de către șoferii unei firme de curierat, de deciziile asumate de a continua o conduită ilegală cu încălcarea clară a unor norme imperative. Într-o speță, acționarii au introdus o acțiune în răspunderea administratorilor Paramount Pictures, care au achitat organelor de conducere a sindicatelor sume totale de 100.000 USD, deoarece aceștia amenințau cu declanșarea grevei⁶⁴. În această situație, instanța a reținut că plata sumelor de bani nu întrunește condițiile infracțiunii de dare de mită, astfel încât administratorii nu au încălcat nicio lege aplicabilă. Deși nu dorim să sugerăm că valoarea socială protejată de norma legală încălcată de administrator ar trebui să funcționeze ca o cauză de limitare a răspunderii, apreciem că legea încălcată și procesul decizional care a condus la conduita ilicită sunt aspecte care se vor lua în considerare în momentul angajării răspunderii administratorului.

⁶³ Cauza *McCall v. Scott*, 239 F.3d 808, Delaware 6th cir, 2001.

⁶⁴ Cauza *Hornstein v. Paramount Pictures Inc.*, 37 Curtea Supremă din New York, 1942.

Apreciem că înțelegerea scopului normativ în favoarea interpretării obligației analizate ca pe un sistem de calculare a costurilor sau a riscurilor va crea o guvernanta corporativă în care piața prezumă că societățile respectă standardele minime ale conduitei responsabile, chiar dacă încălcarea anumitor norme ar aduce profituri mai mari. Prin interiorizarea responsabilităților civice în cultura corporativă, responsabilitatea socială corporativă va dobândi importanță și eficiență. Urmărirea scopurilor civice de către societate intră uneori în conflict cu obligația administratorilor de a maximiza profiturile, dar altruismul corporativ poate fi exprimat printr-o multitudine de activități care urmăresc scopuri paralele și care ar trebui să fie susținute de direcții strategice aprobate prin consens⁶⁵.

4.1.2.1. *Încălcarea legilor de protecție a mediului înconjurător*

168. Am arătat că protejarea intereselor terților nu a fost mereu o prioritate a dreptului societar, însă în evoluția actuală, guvernanta corporativă începe să încurajeze mandatarii să acționeze cu responsabilitate socială, prin întreprinderea unor inițiative de care beneficiază și alte persoane decât acționarii, cum ar fi angajații, consumatorii, comunitățile locale, guvernul, mediul înconjurător sau dezvoltarea tehnologică. Un consiliu de administrație care alege să desconsidere consecințele negative pe care derularea afacerii o poate avea asupra mediului înconjurător poate într-adevăr să acționeze cu îndeplinirea întocmai a obligațiilor fiduciare, deoarece acționarii vor alege de obicei să angajeze răspunderea administratorilor doar pentru deciziile de afaceri lipsite de diligență și prudență, în conflict de interese ori care presupun încălcarea conștiinței a legii. Dreptul societăților nu prevede nicio sancțiune evidentă pentru adoptarea unei decizii profitabile pentru acționari și pentru societate, dar dezavantajoasă pentru interesele comunității, cum ar fi aruncarea deșeurilor în cea mai ieftină manieră posibilă, care poluează râuri și apă potabilă⁶⁶. Deși această decizie încalcă standardele etice și morale general acceptate de cei care nu privesc bunăstarea acționarilor ca fiind un obiectiv superior altor

⁶⁵ Engel, D. L.: *An Approach to Corporate Social Responsibility*, Stanford Law Review nr. 32/1979, p. 5.

⁶⁶ A se vedea Rosenberg, D., *art. precitat supra* 602, p. 1284.

valori sociale, ea nu reprezintă o încălcare a obligațiilor fiduciare în sens clasic dacă nu îndeplinește elementele constitutive ale unei contravenții de dreptul mediului. Deși regula judecății de afaceri acordă administratorilor o gamă variată de opțiuni de a acționa, aceasta se limitează la situațiile în care mandatarii avansează interesul superior al societății și se înscrie într-o structură legală complexă menită să crească profiturile acționarilor. În lipsa unor reglementări legale clare și aplicate în mod corect, administratorii vor avea posibilitatea de a alege în mod rațional să încalce legea pentru a maximiza profiturile acționarilor în baza calculelor dintre câștiguri și costuri⁶⁷.

Evaluarea încălcării unei norme legale în scopul maximizării profitului societății trebuie să ia în considerare și sancțiunile prevăzute de legea încălcată, altele decât obligațiile fiduciare. Eficiența acestor sancțiuni și abilitatea normei legale de a preveni conduita deviantă influențează considerabil și deciziile de conformare. Dacă norma de dreptul mediului încălcată în exemplul anterior nu este aplicată împotriva societății care încalcă normele de poluare din diferite considerente de politică legislativă, atunci administratorii nu vor suferi repercusiuni și legea nu va acționa ca un stimulent pentru adoptarea unei conduite corespunzătoare.

4.1.2.2. Încălcări ale drepturilor omului

169. Doctrina a susținut încă de la mijlocul secolului XX faptul că societățile, în special instituțiile financiare, au obligația de a nu încuraja sau finanța încălcările drepturilor omului și a subliniat importanța identificării limitelor actelor sau faptelor societăților și a încălcărilor sancționabile⁶⁸. Deși statele și-au asumat aceste obligații prin instrumente de drept internațional public, sarcina probării faptelor culpabile săvârșite de societăți în instanțele de drept comun incumbă reclamanților, iar sancționarea de drept societar a administratorilor răspunzători pentru deciziile care au determinat încălcările drepturilor fundamentale este foarte dificilă. În faimoasa cauză

⁶⁷ Beveridge, N.: *Does the Corporate Director have a duty always to obey the law?*, DePaul Law Review nr. 45, Chicago, 1996, p. 730.

⁶⁸ Reichard E. T.: *Catching the Money Train: Using the Alien Tort Claims Act to Hold Private Banks liable for Human Rights Abuses*, Case Western Reserve Journal of International Law, 2004, p. 263.

*Ntsebeza et al. v. Citigroup, Inc.*⁶⁹, victimele și succesorii regimului apartheid din Africa de Sud au acționat în instanță diferite societăți pentru contribuția lor la crime de război între anii 1948 și 1994, prin vânzarea unor autoturisme Daimler și General Motors, a unor calculatoare IBM, a combustibilului Shell și prin împrumuturi de la instituțiile financiare Union Bank of Switzerland (UBS), Credit Suisse și Citigroup, solicitând daune morale. Cu ajutorul acestor echipamente și cu cunoștința pârâților despre scopul utilizării lor, au avut loc încălcări de drept internațional public, precum muncă forțată, genocid, tortură, executări extrajudiciare și alte crime de război. General Motors și alții au reușit să încheie tranzacții extrajudiciare cu reclamanții, iar instanța a admis câteva dintre capetele de cerere ale reclamanților împotriva celorlalte societăți⁷⁰.

În prezent, acțiunile clasice în răspundere civilă se introduc adesea împotriva unor societăți multinaționale, spre exemplu Coca-Cola a fost trimisă în judecată pentru încălcarea drepturilor omului în Columbia, inclusiv pentru răpire și viol, Chevron-Texaco a fost acuzată de aruncarea deșeurilor toxice în pădurile tropicale din Ecuador, iar producătorul canadian de combustibil Talisman pentru susținerea armatei sudaneze în războiul civil⁷¹. Observăm că dezvoltarea domeniilor drepturilor omului depășește limitele naționale ale angajării răspunderii persoanelor juridice și practica tinde spre o privatizare a acestor litigii de drepturile omului, în care nici una dintre părți nu este asociată cu puterea de stat. Statele rămân răspunzătoare pentru protejarea și asigurarea drepturilor omului și, astfel, pentru obligația de a implementa reguli de drept civil care să ofere remedii eficiente pentru încălcarea acestor drepturi de către persoane fizice sau de către societăți. În această categorie se includ considerente de dreptul muncii și dreptul la un mediu sănătos⁷².

⁶⁹ Cauza *Lungisile Ntsebeza et al. v. Citigroup, Inc. et al.*, Court Southern District of New York, 2004.

⁷⁰ <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2002cv04712/37462/92/> [accesat la data de 11.04.2018].

⁷¹ În SUA, aplicarea *Alien Tort Claims Act* lărgeste competența instanțelor naționale pentru a judeca orice acțiune civilă introdusă de un străin pentru o faptă prejudiciabilă săvârșită cu încălcarea unui tratat la care SUA este parte.

⁷² Teitel, R. G.: *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*, Ed. Oxford University Press, New York, 2014, p. 170. În cauza *Tătar c. România*, 67021/01/ 2009, Curtea Europeană

În contextul actual al justiției transnaționale, lacunele privitoare la răspunderea actorilor economici pentru încălcările drepturilor omului în statele cu regimuri autoritare sau conflicte armate este evident. Complicitatea corporativă se împarte în patru categorii⁷³. Prima categorie include implicarea directă a societăților în comiterea încălcărilor, prin acte violente ale personalului în interiorul societății. A doua categorie cuprinde munca forțată, a treia finanțarea sau participarea indirectă la comiterea abuzurilor cu cunoștința rezultatelor, iar ultimul caz reprezintă stabilirea unei societăți sau a unui punct de lucru în scopul derulării unor afaceri ilegale.

Deși răspunderea penală a persoanelor care au permis aceste încălcări este prevăzută de legislațiile penale naționale, atribuirea răspunderii unor persoane individualizate pentru săvârșirea infracțiunilor de către societate este controversată. În plus, deși răspunderea civilă este reglementată în majoritatea statelor lumii, s-a constatat că, în practică, nu există un mecanism eficient de angajare a răspunderii persoanelor responsabile din cadrul societăților, deoarece sistemele de drept privat nu conțin mecanisme adecvate pentru abordarea drepturilor omului și a dezechilibrului de putere dintre societăți și victimele drepturilor omului.

Un exemplu al transparenței este societatea multinațională Unilever, de origine britanică și olandeză, care în anul 2016 a publicat un raport detaliat de implementare a recomandărilor *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*⁷⁴, după ce în anul 2014 a fost acuzată că angajații furnizorilor săi de ceai pentru producerea Lipton Tea din Assam, India, trăiau și lucrau în condiții inumane și mizere, iar majoritatea erau malnutriți. Unilever a mai declarat că a încheiat o tranzacție cu foștii angajați, plătind despăgubiri *ex gratia* și diferite forme de dezvoltare profesională. Unilever a

a Drepturilor Omului a condamnat statul român pentru lipsa reglementării eficiente a folosirii cianurii și a altor substanțe toxice de către Transgold SA Baia Mare, demonstrată de accidentul din anul 2000, când apa contaminată cu cianuri s-a deversat din lacul de acumulare producând un dezastru ecologic pe cursul râului Tisa.

⁷³ Payne, L. A., Pereira, G., Doz Costa, J., Bernal, L.: *Can a Treaty on Business and Human Rights help achieve Transitional Justice Goals?*, Homa Publica: International Journal on Human Rights and Business vol. 1 nr. 2, Ford Foundation Publications, 2017, p. 8.

⁷⁴ Van Dam, C.: *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer's Business*, Raport comun al Amnesty International și Rotterdam School of Management, Erasmus University, 2016, p. 26.

închis altă fabrică de termometre în India în anul 2001, în urma unei contaminări cu mercur a lacului Kodaikanal, iar despăgubirile pentru daunele produse sănătății și mediului înconjurător au fost stabilite printr-o tranzacție validată de instanțele britanice.

Un exemplu în care societatea nu și-a asumat răspunderea pentru încălcările săvârșite și nu a acordat daune compensatorii, este lanțul spaniol de magazine Zara, în ale cărei fabrici din Brazilia au fost găsiți 15 imigranți în anul 2011, care lucrau 16 ore pe zi și aveau libertate de mișcare limitată. Zara a negat acuzațiile de practicare a sclaviei, motivând că subsidiarele braziliene aveau obligația monitorizării condițiilor de lucru și negând autoritatea societății mamă în lanțul de producție.

4.1.3. Efectele încălcării obligației de a respecta legea

170. În prezent, angajarea răspunderii personale a administratorilor pentru situațiile în care au permis societății să încalce normele interne și legale a reprezentat o excepție și a avut loc doar în situațiile în care aceștia și-au neglijat în mod conștient îndatoririle, inclusiv obligația de a supraveghea ilegalitățile comise de societate. Deși dreptul societar impune administratorilor o conduită de bună-credință și luarea deciziilor cu diligență și prudență, cazurile în care culpa este dovedită și în care se angajează răspunderea personală sunt foarte rare. O parte a doctrinei asimilează drepturile persoanelor fizice cu cele ale mandatarilor persoanelor juridice, care ar trebui să aibă aceeași libertate de a analiza costurile și beneficiile și de a lua decizii informate și uneori riscante⁷⁵.

Încălcarea legii de către administratori determină în principiu inaplicabilitatea protecției oferite de regula judecății de afaceri. În situația în care administratorii unei societăți au refuzat să recupereze sume mari datorate pentru folosirea serviciilor de telefonie de către un partid politic, prin încălcarea legilor de finanțare a campaniei electorale, instanța a reținut că încălcarea legii de finanțare a partidelor politice reprezintă o încălcare a bunei-credințe, ceea ce are ca efect inaplicabilitatea regulii judecății de afaceri⁷⁶.

⁷⁵ A se vedea Palmiter, A. R., *art. precitat supra* 608, p. 476.

⁷⁶ A se vedea cauza *Miller v. AT&T*, *supra* 624.

Societatea, ca subiect de drept privat, va răspunde conform legii pentru faptele săvârșite de reprezentanții săi, iar pedepsele aplicabile persoanei juridice pot avea uneori chiar efectul dispariției acestora de pe piață, prin aplicarea pedepsei radierii sau a unei amenzi de o valoare ridicată, care împiedică redresarea financiară a societății.

În principiu, teoria contractului de mandat fundamentează răspunderea administratorilor față de societate pentru încălcarea legii pe interdicția săvârșirii actelor nelegale. Totuși, în cazul în care mandantul avea cunoștință despre ilegalități sau avea motive să le cunoască, angajarea răspunderii administratorilor este condiționată de verificări suplimentare. În cazul în care mandantul avansează mandatarului banii pentru efectuarea unei plăți nelegale, pentru efectuarea unui act nelegal sau ratifică o conduită nelegală, acțiunea în răspunderea administratorului poate avea rezultate diverse.

Doctrina menționează faptul că „nicio societate, nicio afacere nu sunt în concordanță perfectă cu legea”, ci ceea ce variază este doar gravitatea încălcării legii⁷⁷. Am arătat că aplicarea clasică a regulii judecății de afaceri nu poate proteja administratorii care au încălcat intenționat legea, însă acest rezultat poate fi atins în mod indirect prin alte două metode.

Prima situație este destul de des întâlnită în practică, deoarece acționarii vor aplica în procesul propriu de luare a deciziei regula pierderii nete și nu vor angaja răspunderea administratorilor dacă încălcarea legii nu produce prejudicii financiare semnificative societății. A doua situație a devenit comună în urma dezvoltării mecanismelor interne de control al societăților, deoarece decizia de a introduce o acțiune în angajarea răspunderii unui membru al consiliului de administrație va fi votată de către consiliu, uneori prin crearea unei comisii interne de investigație sau de disciplină, formată majoritar din membrii neexecutivi.

Importanța mecanismelor interne de control a crescut semnificativ, cu precădere cea a comisiilor interne de investigare. În anul 1979, acționarii unei societăți prestatoare de servicii de telefonie au introdus o acțiune împotriva administratorilor și a auditorilor pentru recuperarea sumei totale de 11 mil. USD plătită ca mită unor funcționari publici și politicieni străini

⁷⁷ A se vedea Palmiter, A. R., *art. precitat supra* 608, p. 475 și Beveridge, N., *supra* 630, p. 732.

pentru diferite favoruri, achitată cu cunoștința unor administratori⁷⁸. Consiliul de administrație a constituit o comisie alcătuită din administratori neexecutivi independenți numiți recent, care au determinat că acțiunea este nejustificată și promovarea ei nu este în interesul superior al societății. Deși prima instanță a reținut că decizia unei comisii interne nu poate avea ca efect retragerea unei acțiuni introduse pentru încălcarea normelor de drept public, instanța de apel a considerat că decizia comisiei interne este protejată de regula judecății de afaceri, astfel încât acțiunea în răspunderea administratorilor poate fi retrasă. Apreciem că în prezent, instanțele ar fi procedat într-o manieră diferită, permițând în aceste situații înlocuirea judecății de afaceri a consiliului de administrație cu evaluarea judiciară, în special în cazul angajării răspunderii administratorului pentru încălcarea unei norme de drept penal.

Numitorul comun al acestor decizii este faptul că decizia unei comisii interne de investigație internă nu poate suplini voința acționarilor de a angaja răspunderea administratorilor pentru fapte penale, precum darea de mită. În special în situația obținerii consultanței externe, care demonstrează îndeplinirea obligației de diligență și prudență, administratorii nu vor răspunde personal⁷⁹. Clauzele statutare de limitare sau înlăturare a răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligației de diligență și prudență sunt adesea formulate ca excepții de conduită, dar nu au efectul oferirii imunității administratorilor, ci efecte exoneratoare. Aceste clauze nu înlătură angajarea răspunderii administratorilor pentru acte sau omisiuni săvârșite fără bună-credință sau conduite intenționat defectuoase ori prin încălcarea conștiinței a legii, dar uneori limitează răspunderea pentru încălcările cunoscute ori culpabile ale legii. În plus, în majoritatea statelor, legislațiile și actele constitutive interzic într-un fel sau altul acordarea de indemnizații pentru obținerea unor succese de afaceri prin încălcarea legii, în special prin încălcarea legii penale⁸⁰. Deși societățile sunt tentate să

⁷⁸ Cauza *Auerbach v. Bennett*, 393 N.E.2d, Curtea de Apel New York, 1979 și cauza *Abrams v. Allen*, 74 N.E.2d, 305, Curtea de Apel din New York, 1974.

⁷⁹ A se vedea *Beveridge, N.*, art. precitat *supra* 630, p. 741.

⁸⁰ În cauza *Kaufman v. CBS, Inc.*, 514 S.2d 520, Curtea de Apel New York, 1987, instanța a respins cererea de obținere a unei bonificații, introdusă de un administrator care a negociat tranzacționarea unui caz de hărțuire sexuală, deoarece această decizie era lipsită de bună-credință și de convingerea că tranzacția este în interesul superior al societății.

recompensase administratorii pentru performanțele obținute, această practică poate încuraja conduita ilicită sau imorală. Din acest motiv, asigurările de răspundere profesională nu acoperă de obicei prejudiciile cauzate de o conduită ilegală, majoritatea contractelor de asigurare excluzând în mod expres acoperirea amenzilor, a penalităților sau a altor sume de bani datorate potrivit legii și care nu pot fi asigurate. Etica reprezintă mai mult decât simpla respectare a literei legii, iar dreptul societar nu ușurează efortul administratorilor de a îndeplini standardele etice în piețele financiare actuale⁸¹. Doctrina apreciază că, în guvernanta corporativă actuală, conformitatea absolută cu legea este mai degrabă o aspirație⁸² decât o realitate.

4.1.4. Reglementarea obligației de a respecta legea în statele membre UE

171. În Uniunea Europeană s-au înregistrat numeroase încălcări ale legii, săvârșite de administratori și de angajați în interesul persoanei juridice, ceea ce a determinat o preocupare crescută a legiuitorului european de a reglementa răspunderea persoanei juridice și a reprezentanților vinovați. În anul 2010, Comisia Europeană a inițiat o dezbatere publică referitoare la necesitatea de a înăspri răspunderea civilă și penală a administratorilor societari⁸³. Majoritatea statelor membre optează pentru revocarea administratorilor condamnați pentru comiterea unei infracțiuni, astfel încât evaluarea încălcării obligațiilor fiduciare pierde din importanță în aceste cazuri⁸⁴.

Jurisprudența din statele membre UE este bogată în ceea ce privește cazurile de încălcare a normelor de drept penal de către administratori, în

⁸¹ Abordarea filosofică privește principiul răspunderii limitate, de esența dreptului societar, ca pe un obstacol al responsabilizării administratorilor, deoarece protejează persoanele de sancțiunile actelor lor defectuoase. A se vedea Greenfield, K., *art. precitat supra* 619, p. 430.

⁸² A se vedea Beveridge, N., *art. precitat supra* 630, p. 777 și Williams, C. A. *art. precitat supra* 619, p. 1270.

⁸³ *Green Paper on Corporate Governance for Financial Institutions*, COM(2010) 285.

⁸⁴ Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E. P.: *Study on Directors' Duties and Liability*, prepared for the European Commission, Department of Law, London School of Economics, Londra, 2013, p. 237.

general încălcări săvârșite de către administrator prin intermediul sau în umbra societății, însă cazurile de sancționare a administratorilor pentru determinarea persoanei juridice să încalce legea sunt aproape inexistente, dacă acestea nu implică și o faptă penală săvârșită de către administrator ca persoană fizică. În Marea Britanie, instanțele sancționează faptele de dare de mită și trafic de influență săvârșite de persoane juridice, însă în majoritatea cazurilor, este vorba de încălcarea unor norme legale din alte jurisdicții. Astfel, sancționarea societăților transnaționale are loc în SUA, cum a fost cazul băncii franceze BNP Paribas și a celei germane, Commerzbank, care au încheiat tranzacții cu procurorii americani pentru încălcarea sancțiunilor împotriva statelor Sudan, Cuba și Iran în anul 2002 prin transferurile fondurilor persoanelor sancționate⁸⁵.

În ultimii ani, majoritatea statelor membre au introdus reglementări cu privire la răspunderea penală a persoanei juridice, însă tendința legiuitorilor a fost de a combina răspunderea penală a persoanei juridice cu cea a persoanei fizice care a determinat societatea să încalce legea penală⁸⁶. O excepție este dreptul german, potrivit căruia se care angajează doar răspunderea penală a administratorilor pentru săvârșirea faptelor penale, persoana juridică fiind în mod tradițional exclusă de la aplicarea legii penale și sancționată administrativ.

Conceptul de răspundere penală a persoanei juridice este destul de nou în cultura statelor membre, Franța fiind primul stat care a adoptat modelul american în anul 1994, urmat de Belgia, Italia, Polonia și România. După anul 2010, au urmat Luxembourg, Spania, Cehia. Fundamentul răspunderii penale a persoanei juridice din aceste state este reprezentat de acte sau fapte ale angajaților, care pot fi atribuite unei entități și care sunt săvârșite în scopul atingerii obiectului de activitate, în interesul sau în beneficiul societății. Unele state condiționează săvârșirea acestor fapte de persoane cu responsabilități de administrare. O trăsătură comună a investigațiilor este verificarea existenței unei structuri interne de

⁸⁵ *A Guide to Corporate Governance Practices in the EU*, un raport al International Finance Corporation, parte a World Bank Group și European Confederation of Directors Associations, 2016, p. 14.

⁸⁶ *Corporate Liability in Europe*, raport al Clifford Chance, 2012, p. 2.

monitorizare și de control, cu funcție preventivă, iar răspândirea normelor de obligare a societăților să implementeze sisteme adecvate de control subliniază importanța acordată acestora de către statele membre. Cea mai comună sancțiune adoptată de statele membre este amenda penală, al cărei cuantum este în creștere în ultimii ani. În Franța și Spania, dizolvarea societății este o sancțiune aplicată frecvent, la fel ca interdicția de a participa la licitații publice.

România a introdus răspunderea penală directă și personală a persoanei juridice în anul 2006, menținută în Codul Penal din 2009, însă distingerea răspunderii administratorilor societății de răspunderea penală a persoanei juridice nu este clară încă. Persoana juridică răspunde penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate, în interesul ori în numele persoanei juridice, condiții alternative stabilite de legiuitor, iar răspunderea penală a persoanei juridice nu înlătură angajarea concomitentă a răspunderii penale a persoanei fizice care a contribuit la săvârșirea aceleiași fapte. Prin aplicarea acestei reguli, apreciem că în dreptul român, răspunderea persoanei juridice este aproape imposibil de angajat fără răspunderea penală a persoanei fizice care a determinat fapta. Astfel, persoana fizică va răspunde penal doar în situația în care a săvârșit fapta cu forma de vinovăție prevăzută de lege⁸⁷, iar persoana juridică va răspunde dacă fapta a fost comisă în numele, în beneficiul ori în realizarea obiectului ei de activitate, cu vinovăție.

Răspunderea mandatarilor este prevăzută expres de lege⁸⁸, faptele licite sau ilicite săvârșite de organele persoanei juridice obligă însăși persoana juridică, însă numai dacă faptele au legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate. Un exemplu în acest sens ar fi infracțiunile la regimul concurenței, ceea ce descrie în mod fidel obligația administratorilor

⁸⁷ C. Ap. Alba a condamnat definitiv prin Decizia nr. 886/2017 administratorul unei societăți la pedeapsa închisorii cu suspendare și la plata de daune morale în sumă de 85.000 de lei, deoarece nu a luat toate măsurile necesare pentru a se evita un accident de muncă soldat cu decesul unui tânăr pe un șantier.

⁸⁸ Art. 271-281 din Legea nr. 31/1990 indică persoanele care răspund penal pentru infracțiunea comisă de persoana juridică, și anume fondatorul, administratorul, directorul general, directorul, membrul consiliului de supraveghere sau al directoratului ori reprezentantul legal al societății, iar art. 281 face referire la aplicabilitatea normelor de drept penal.

de a nu determina societatea să încalce legea, în mod contrar, subiectul activ fiind administratorul persoană fizică⁸⁹. Vinovăția persoanei juridice se stabilește prin raportare la organele acesteia ori la atitudinea acestora, respectiv a hotărârilor adoptate și a practicilor existente, tolerate ori cunoscute⁹⁰. Apreciem că stabilirea unor criterii de delimitare a vinovăției persoanei juridice de răspunderea membrilor organelor persoanei juridice este utilă, dar evoluția acestora va fi determinată de jurisprudență. Aceste criterii sunt cu atât mai utile în cazul faptelor săvârșite din culpă, deoarece stabilirea culpei se poate face doar raportat la conduita organelor de conducere.

172. Reglementarea răspunderii penale a persoanei juridice și a administratorilor care au determinat încălcarea este explicită în reglementarea actuală, însă nu a fost aplicată într-o jurisprudență bogată, iar investigațiile se concentrează în continuare pe răspunderea persoanei fizice care a determinat încălcarea legii. Având în vedere tendința de combatere a infracțiunilor economice și de corupție, apreciem că eforturile de sancționare a infracțiunilor comise de persoane juridice va crește. Majoritatea legilor speciale prevăd cumularea sancțiunilor aplicate persoanei juridice cu cele aplicate persoanei fizice care a determinat săvârșirea infracțiunii, iar acțiunea în răspunderea administratorului pentru prejudiciile produse societății poate fi exercitată în paralel. În ceea ce privește încălcarea altor norme decât cele de drept penal, pentru o aplicare efectivă și eficientă a acestora împotriva persoanelor juridice, apreciem că sancțiunile prevăzute de lege pentru încălcările acestor norme ar trebui adaptate persoanelor juridice. Se observă că evaluarea încălcării unei norme legale în scopul

⁸⁹ Conform art. 220 Cod Civil, acțiunea în răspundere împotriva administratorilor, cenzorilor, directorilor și a altor persoane care au acționat în calitate de membri ai organelor persoanei juridice, pentru prejudiciile cauzate persoanei juridice de către aceștia prin încălcarea îndatoririlor stabilite în sarcina lor, aparține, în numele persoanei juridice, organului de conducere competent, care va decide cu majoritatea cerută de lege, iar în lipsă, cu majoritatea cerută de prevederile statutare. Dreptul de regres al persoanei juridice împotriva persoanei fizice răspunzătoare de comiterea infracțiunii, prepus ori reprezentant, se va exercita în temeiul răspunderii civile delictuale pentru recuperarea prejudiciilor materiale cauzate prin săvârșirea infracțiunii.

⁹⁰ <http://www.hotca.ro/index.php/blog-post/raspunderea-penala-a-persoanei-juridice-conditii-generale/> [accesat la data de 27.10.2018].

maximizării profitului societății ia în considerare și sancțiunile prevăzute de legea încălcată, însă prin această practică, se ignoră încălcările normelor de drept public și de drept privat din afara sferei dreptului penal și evoluția practicii obligațiilor fiduciare.

4.1.5. Concluzii preliminare

173. Principiile de guvernanță corporativă recomandă ca lumea afacerilor să fie o reflectare a regulilor și a recomandărilor care privesc conduita corespunzătoare, deși acceptă existența unor devieri denumite impropriu costuri ale derulării afaceri. Obligația de a respecta legea este una actuală. În lipsa unei formulări clare și a includerii ei în structura guvernanței corporative, instanțele și doctrina s-au contrazis mereu pe tema naturii acesteia. Apreciem că obligația de a respecta legea este un element al bunei-credințe, însă privim buna-credință ca obligație fiduciară de sine-stătătoare, existența obligației de a respecta legea fiind tocmai unul dintre motivele care se înscriu în câmpul de aplicare al bunei-credințe, dar nu al obligației de loialitate. Totuși, indiferent de eticheta pusă acestei obligații, diligența și fidelitatea în urmărirea conformității cu legea sunt aspecte intrinseci ale respectării legii.

Obligația de a respecta legea și regulile extralegale ale societății este esențială pentru credibilitatea și legitimitatea unei societăți. Guvernanța corporativă trebuie să protejeze societățile de oportunismul unor mandatarî puternici prin clarificarea interdicției de a încălca normele de drept pozitiv aplicabile. Astfel, dacă încălcarea legii este considerată un act de rea-credință, răspunderea administratorilor nu va putea fi limitată sau eliminată prin hotărârile adunării acționarilor, clauze statutare sau reguli jurisprudențiale, această obligație fiind mai presus decât obligațiile datorate societății sau acționarilor. Buna-credință susține adaptarea obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate în diferite contexte și abilitatea acestora de a oferi protecție, atât în interiorul cât și în exteriorul limitelor societății⁹¹.

⁹¹ A se vedea Konstant, P. C., *art. precitat supra* 604, p. 434.

Principiul conduitei conforme cu legea este perfect compatibil cu principiul maximizării profitului și nu inhibă acest obiectiv, ci doar trasează canalele pentru realizarea adecvată a acestuia. Aplicarea obligației de a respecta legea și de a refuza aprobarea practicilor nelegale este un pas pentru atenuarea standardului prevalenței maximizării averii acționarilor și o apropiere de recunoașterea responsabilității sociale corporative.

4.2. *Obligația de sinceritate*⁹²

174. În lumina divergenței dintre valorile protejate prin obligația de sinceritate, respectiv încrederea inerentă relației fiduciare și protecția vieții private a administratorului, vom încerca să oferim un răspuns la întrebarea dacă dezvăluirea necorespunzătoare în cazul existenței unor informații personale relevante pentru societate reprezintă o încălcare a obligației de bună-credință sau a obligației de loialitate.

Obligația de sinceritate poate fi întâlnită în contextul dreptului societar în două situații. În primul rând, administratorii au obligația de a nu lua poziții sau a face declarații de natură să inducă în eroare, îndatorire numită *obligația de a nu induce în eroare*⁹³. În al doilea rând, administratorii au obligația de a nu-și încălca în mod intenționat sau cu neglijență gravă îndatorirea de a informa organele societății, consiliul de administrație și acționarii, cu privire la aspecte cunoscute de ei ca fiind relevante sau utile pentru aceștia în luarea deciziilor sau delegarea sarcinilor, respectiv *obligația de a informa în mod corespunzător*. Deși obligația de a nu induce în eroare și obligația de a informa în mod corespunzător se întrepătrund și își pot pierde autonomia în anumite situații, diferențele dintre ele nu pot fi ignorate⁹⁴.

⁹² Vom traduce *duty of candor* din *common law* ca „obligația de sinceritate” în sensul său cel mai larg pentru a ne referi la atitudinea, calitatea unui administrator de a fi franc și deschis în exprimările verbale și în fapte. Având în vedere dificultatea traducerii acestui concept din dreptul anglo-saxon și a lipsei vreunei definiții doctrinare a acestui element al obligației de bună-credință în dreptul continental, vom utiliza definiția oferită de *Random House Unabridged Dictionary*, pentru a evidenția obligația de dezvăluire a anumitor informații în diferite contexte care nu presupun conflicte de interese.

⁹³ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 568, p. 30.

⁹⁴ În cadrul obligației vaste de bună-credință, se pune și întrebarea întinderii acestei obligații în ceea ce privește dezvăluirea anumitor aspecte ale vieții private a administratorului față

Obligația de a nu induce în eroare se referă la conduita care este așteptată de la un administrator în momentul în care acesta face o afirmație. Obligația de a informa în mod corespunzător impune o obligație pozitivă a administratorilor de a face anumite afirmații. Obligația de sinceritate nu este limitată la certitudinea că tot ceea ce afirmă administratorul este adevărat. Această obligație impune mai degrabă obligația de a exprima ceea ce este necesar în anumite situații. Această obligație poate fi privită din trei puncte de vedere: comunicarea dintre consiliul de administrație și acționari, comunicarea între membrii consiliului de administrație, respectiv coordonarea dintre salariații cu prerogative executive și consiliul de administrație.

Obligația de a informa nu trebuie confundată cu obligația de informare ca element al obligației de diligență și prudență, potrivit căreia, administratorii sunt obligați să se informeze ei înșiși în mod corespunzător înainte de luarea unei decizii. Obligația de sinceritate se referă în principal la informarea acționarilor în momentul luării unei decizii cu privire la politica societății, la atitudinea administratorilor, la inițiativa de a informa și la conținutul informării. Administratorii sunt obligați să dezvăluie informațiile pe care le au la dispoziție în mod rezonabil⁹⁵, dar în mod

de acționari. Această chestiune a fost dezbătută în doctrină în urma unor episoade care au căpătat amploare în presa de după anii 2000. Primul caz este acela al Marthei Stewart, care în anul 2001 nu a dezvăluit acționarilor corporației Martha Stewart Living Omnimedia în mod corect și complet detaliile despre acțiunile deținute la societatea ImClone Systems Inc., o investiție personală a acesteia. Martha Stewart a fost trimisă în judecată pentru comiterea infracțiunii de fraudă, care s-a finalizat cu achitarea ei. Cea de-a doua situație similară este cazul lui Steve Jobs, care în anii 2008 și 2009 nu a dezvăluit investitorilor și acționarilor societății Apple Inc. gravitatea stării sale de sănătate și probabilitatea de a fi în imposibilitate de a continua conducerea acestei societăți. Conduita lui Steve Jobs a făcut obiectul unei investigații a *Securities and Exchange Commission*, care a evaluat dezvăluirile imperative impuse de legile federale SUA și situațiile care pot fi asimilate obligațiilor impuse de lege în cazul administratorilor și a salariaților cu prerogative executive. În aceste situații, pare intuitiv să recurgem la explicațiile instanței din motivarea cauzei *Stone v. Ritter*, *supra* 592, în care instanța a clarificat conținutul și natura bunei-credințe. A se vedea Heminway, J. M. L.: *Martha's and Steve's Good Faith: An officer's duty of loyalty at the intersection of good faith and candor*, University of Tennessee, College of Law, Legal Studies Research Paper Series nr. 71/2009.

⁹⁵ Cauza *Loudon v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 700 A.2d 135, 137, Curtea Supremă din Delaware, 1997, cauza *Stroud v. Grace*, 606 A.2d 75, Curtea Supremă din Delaware, 1992, cauza *Alessi v. Beracha*, 849 A.2d 939, Delaware Chancery Court, 2004.

exhaustiv și corect, fără a omite din orice motiv dezvăluirea unor aspecte care ar putea influența decizia acționarilor.

Obligația de a nu induce în eroare se manifestă atunci când consiliului de administrație solicită concursul sau luarea unei decizii de către acționari⁹⁶. Administratorii au obligația de a comunica în mod onest cu acționarii și de a releva toate informațiile materiale. În aceste situații, se pune întrebarea dacă administratorii și-au încălcat doar obligația de a informa, sau obligația mult mai vastă de loialitate, prin diseminarea conștientă a informațiilor false despre situația financiară a companiei, deoarece obligațiile fiduciare includ îndatorirea de a manifesta onestitate față de acționari. Apreciem că obligația consiliului de administrație de a nu induce în eroare acționarii prin comunicările furnizate este cel mai bine explicată prin bună-credință. Obligația de loialitate nu reprezintă un fundament satisfăcător pentru această îndatorire, deoarece administratorii pot încălca îndatorirea de a nu induce în eroare acționarii, chiar și în situațiile în care nu acționează în interes personal. Nici diligența și prudența nu reprezintă un fundament potrivit, deoarece, în circumstanțele de față, un consiliu de administrație poate lua o decizie rațională, căreia îi lipsește onestitatea, dar care maximizează profiturile societății și protejează la un nivel foarte înalt averea existentă a acționarilor.

175. Buna-credință poate fundamenta această îndatorire sub mai multe aspecte. În primul rând, un consiliu de administrație care face afirmații false în mod conștient acționează nesincer față de acționari. În al doilea rând, prin furnizarea informațiilor incorecte către acționari, fiduciarul demonstrează lipsa lor de fidelitate față de poziția deținută, deoarece acționarii au așteptarea rezonabilă a unei comunicări demne de încredere, corecte și deschise cu administratorii pe care îi numesc. Buna-credință poate explica obligația de a informa acționarii în mod corespunzător, complet și fără a omite informații care ar putea fi considerate utile, deoarece fidelitatea față de poziția deținută impune administratorilor să satisfacă așteptările rezonabile ale acționarilor, respectiv pe aceea de a furniza informațiile care le sunt cunoscute ca fiind de substanța unei decizii pe care consiliul de administrație o supune adunării acționarilor. Aceste elemente vor fi

⁹⁶ Cauza *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5 9, Curtea Supremă din Delaware, 1998.

analizate în concret în fiecare caz în parte, deoarece nu orice omisiune de a informa reprezintă o încălcare a bunei-credințe, la fel cum nici orice nerespectare a legii nu elimină în mod automat atitudinea de bună-credință a administratorului⁹⁷.

Un alt context în care se așteaptă îndeplinirea obligației de sinceritate este comunicarea dintre un administrator și întregul consiliu de administrație. Un aspect care nu poate fi neglijat este legat de comunicările pe care le furnizează salariații cu responsabilități executive. Este evident că anumite informații importante pentru luarea unei decizii de calitate nu sunt direct disponibile celor care au responsabilitatea decizională, ci sunt furnizate sau produse de indivizi care pot avea un interes direct în efectele acestei decizii. Preocuparea pentru riscul exploatării asimetriei informaționale de către acești angajați, pentru a-și promova propriile interese, se suprapune riscului că salariații cu atribuții executive vor încerca să dirijeze consiliul de administrație înspre acțiuni sau decizii pe care ei le consideră a fi în interesul suprem al societății. Spre exemplu, un consiliu de administrație este pus în fața deciziei de a vota deschiderea unei noi fabrici, însă doar divizia ale cărei produse vor fi fabricate în noua uzină poate genera informațiile relevante referitoare la probabilitatea obținerii profiturilor așteptate în noul punct de producție.

4.3. Obținerea unui avantaj prin utilizarea unor mijloace manipulative

176. Acest principiu operează mai degrabă ca o condiție decât ca o regulă de angajare a răspunderii, deoarece atunci când este aplicabil, efectul său principal este de a executa sau de a contribui la o acțiune a unui organ societar. Dacă acțiunea este inefficientă, atunci încălcarea principiului de către administrator nu va prejudicia societatea și astfel administratorul nu va risca angajarea răspunderii. Elementele culpabile sunt legate de acțiunile de manipulare și de încălcarea de către consiliul de administrație a îndatoririi de a conduce afacerile societății cu un minim de corectitudine și de echitate, atitudinea administratorilor implicați fiind evident lipsită de

⁹⁷ Cauza *Arnold v. Soc'y for Sav. Bancorp. Inc.*, 650 A.2d 1270, 1288, Curtea Supremă din Delaware, 1994.

bună-credință. Obligația de a atinge obiectivele societății fără a apela la procese manipulative este o parte componentă a buneii-credințe, și nu a loialității. Această obligație este aplicabilă chiar și atunci când rezultatul urmărit nu implică un conflict de interese, iar conduita care are ca rezultat crearea unui beneficiu pentru societate poate să nu încalce obligația de loialitate doar din acest considerent. În schimb, obligația organelor societății de a utiliza proceduri de manipulare care încalcă normele de bază ale guvernantei corporative, este aplicabilă chiar și atunci când rezultatul este benefic societății.

4.4. *Evitarea satisfacerii intereselor nepermise*

177. Uneori, un administrator poate aborda o conduită care, deși nu este în interesul său financiar, este în conflict de interese cu calitatea sa, acest context fiind numit „*motiv netolerat*”. Atitudinea bazată pe aceste motive nu este în conformitate cu buna-credință, dacă un administrator este motivat de ură, lăcomie, invidie, răzbunare, rușine sau mândrie⁹⁸.

Există un raționament puternic pentru a include interzicerea acestui tip de comportament în cadrul buneii-credințe. Deși această conduită se circumscrie în principal loialității datorită propriilor interese avansate de administrator, acest lucru nu poate fi stabilit în mod clar potrivit dreptului pozitiv sau al jurisprudenței, deoarece în mod tradițional, obligația de loialitate se aplică în cazurile în care conduita administratorului este motivată de promovarea unor interese financiare proprii. Ori, plasarea acestei interdicții a conduitei bazate pe motive nepermise, dar fără legătură cu motivațiile financiare în aria de aplicabilitate a buneii-credințe, relevă fără urmă de îndoială faptul că această conduită nu este corespunzătoare, deși nu încalcă obligația de loialitate percepută în mod tradițional⁹⁹.

Un exemplu de situație destul de des întâlnită apare în momentul în care motivele nepermise sau netolerate se referă la acțiuni ale administratorilor care

⁹⁸ Cauza *In re RJR Nabisco Inc. Shareholders Litigation*, nr. 10.389, Delaware Chancery Court, 1989.

⁹⁹ A se vedea și Di Guglielmo, C. T., Veasey, E. N.: *What Happened to Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004?* University of Pennsylvania Law Review nr. 153/2005, prin care se promovează ideea de separare a loialității față de bună-credință deoarece conflictul de interese nu reprezintă o încălcare *per se* a ultimei.

urmăresc înlăturarea angajării răspunderii unui coleg. Succesul acestor soluții alternative este ca administratorii care au puterea de a decide continuarea acțiunii de angajare a răspunderii colegului lor să fie imparțiali. În ceea ce privește evaluarea acestei obligații subsidiare în dreptul continental, apreciem că instanțele nu ar trebui să exagereze în analiza relațiilor interumane în momentul stabilirii imparțialității administratorilor¹⁰⁰.

4.5. Desconsiderarea substanțială a responsabilităților

178. Lipsa de considerație manifestată de administratori față de responsabilitățile care le incumbă constituie aproape întotdeauna o încălcare a obligației de diligență și prudență, deși angajarea propriu-zisă a răspunderii poate fi împiedicată prin aplicarea regulii judecății de afaceri sau standardului neglijenței grave. În anumite cazuri totuși, lipsa de considerație se ridică la un nivel atât de înalt, încât denotă rea-credință, deoarece neglijarea îndatoririlor constituie o lipsă de fidelitate față de poziția deținută, încalcă normele de bază general acceptate ale guvernantei corporative și lipsa de onestitate este atât de pronunțată, încât nici administratorul nu este convins că acționează în mod corespunzător.

În cauza *In re Abbott Laboratories Derivative Shareholders Litigation*¹⁰¹, reclamanții au susținut că administratorii acestei companii farmaceutice ar fi ignorat timp de șapte ani avertizările unei instituții de stat care controlează conținutul alimentelor și al medicamentelor, precum și diferite articole de presă, care susțineau că două dintre facilitățile de producție ale Abbott Laboratories nu ar corespunde standardelor legale impuse de această autoritate (*Food and Drug Administration* – FDA). În urma acestor deficiențe și a lipsei măsurilor consiliului de administrație, facilitatea de producție a fost închisă, iar societatea a suferit pierderi substanțiale. Instanța a apreciat

¹⁰⁰ În cauza *Beam v. Stewart*, 845 A.2d 1040, 2004, Curtea Supremă din Delaware a apreciat că susținerile reclamanților potrivit cărora ar fi evident că administratorii au încercat să evite angajarea răspunderii unei directoare, deoarece aveau aceleași cercuri de prieteni, frecventau aceleași evenimente și aveau relații de afaceri încă dinainte de a face parte din același organ de administrare, nu sunt suficiente pentru a răsturna prezumția de independență a directoarei.

¹⁰¹ Cauza *In re Abbott Laboratories Derivative Shareholders Litig.*, 325 F.3d 795, Delaware Chancery Court, 2003.

că acești administratori și-au încălcat cu precădere obligația de bună-credință, datorită „neglijenței susținute și sistematice a consiliului de administrație de a supraveghea producția, [...] în acest caz, o conduită intenționată, deoarece administratorii știau că încalcă legile aplicabile, și totuși nu au luat nicio măsură și nu au depus nici un efort pentru a preveni sau pentru a remedia situația, iar omisiunea de a întreprinde o măsură într-un timp atât de lung a determinat pierderi financiare însemnate, dovedind pe deplin lipsa bunei-credințe. Șase ani de lipsă a conformării, de inspecții, de scrisori de avertizare și articole de presă urmate de cea mai mare amendă stabilită vreodată de FDA, inclusiv obligarea la distrugerea și retragerea produselor fabricate în acea unitate [...] indică faptul că decizia administratorilor de a nu acționa a fost lipsită de bună-credință și contrară intereselor societății”.

Deși nu a definit în jurisprudență sa conduita exactă care este de natură să încalce această obligație, instanța a reținut că este posibilă angajarea răspunderii administratorilor în situațiile în care aceștia au încălcat buna-credință, dacă și-au desconsiderat în mod conștient și intenționat responsabilitățile, adoptând o atitudine de nepăsare față de riscurile pe care le implică decizia¹⁰².

În jurisprudență s-au întâlnit și alte criterii pentru a determina amploarea neglijării responsabilităților de către administrator la un asemenea nivel încât să nu fie încălcată doar obligația de diligență și prudență, ci și buna-credință. Aceste teste includ insuficiența susținută sau sistematică a consiliului de administrație de a exercita supravegherea, un comportament defectuos, nepăsător sau intenționat, desconsiderarea conștientă a riscurilor cunoscute ori neglijarea conștientă și intenționată a responsabilităților, adoptarea unei atitudini de nepăsare față de riscurile implicate de o decizie a societății, respectiv o abandonare intenționată a obligațiilor. În plus, evaluarea instanței mai poate să privească o desconsiderare conștientă a responsabilităților, o eschivare sistematică sau susținută de la îndeplinirea funcției sau manifestarea unei indiferențe vădite și deliberate față de datoria de a acționa în mod loial și cu diligență

¹⁰² Cauza *In re Emerging Communications Inc. Shareholders Litigation*, 415, Delaware Chancery Court, 2004.

corespunzătoare¹⁰³. Aceste teste nu se exclud între ele, ci sunt mai degrabă variante de a indica amploarea desconsiderării și a neglijării, pentru a constata o încălcare a bunei-credințe în baza încălcării responsabilităților.

Din perspectiva bunei-credințe, oferim obligației de diligență și prudență o valență procedurală, de premisă a acționării cu bună-credință și nu una de substanță. Instanțele urmăresc îndeplinirea obligației de diligență și prudență prin aplicarea regulii judecății de afaceri. Regula pornește de la premisa că, în cadrul procesului decizional și al administrării societății, fiduciarilor au acționat într-o manieră informată, cu bună-credință și în convingerea rezonabilă că acțiunea întreprinsă este în interesul societății¹⁰⁴. Valoarea unei obligații fiduciare independente de bună-credință rezidă, prin urmare, în potențialul acesteia de a adresa acele îndepărtări extravagante și sfidătoare de la conduita fiduciară, care nu sunt simple urmări ale unui proces defectuos sau ale unui conflict de interese. Desigur că valoarea acesteia nu este doar repararea prejudiciului, ci și rolul *ex ante* în ghidarea comportamentului mandatarilor sociali. Dacă rolul obligațiilor fiduciare s-a extins atât de mult, la fel ar trebui să se întâmple și în cazul celor care sunt responsabili de respectarea, dar și de supravegherea acestora, respectiv administratorii.

4.6. Raționamentele caracterului independent al bunei-credințe în guvernanța corporativă

179. Doctrina de *common law* privește adesea termenii de „loialitate”, „fidelitate”, „caracter credincios”, „credință” ca fiind sinonime¹⁰⁵. Dacă noțiunea de „credință” este precedată de atributul „bună”, se va crea o relație solidă cu conceptele de fidelitate și loialitate. Delimitarea acestor instituții este privită ca un nonsens în doctrina modernă, deoarece conceptul

¹⁰³ Cauza *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, *supra* 584, cauza *In re Abbott Laboratories Derivative Shareholders Litigation*, *supra* 664, cauza *In re the Walt Disney Co. Derivative Action (Disney III)*, 825 A.2d 275, Delaware Chancery Court, 2003, cauza *Brehm v. Eisner*, *supra* 582, cauza *Emerging Communications*, *supra* 665.

¹⁰⁴ A se vedea cauza *Aronson v. Lewis*, *supra* 581, comentată de Bainbridge, S. M.: *Corporation Law and Economics*, Ed. Foundation Press, New York, 2002, p. 269.

¹⁰⁵ Velasco, J.: *How many fiduciary duties are there in Corporate Law?*, *Southern California Law Review* vol. 83/6, 2010, p. 1258.

definitiv al buneii-credințe creează existența efectivă a caracterului credincios și al fidelității¹⁰⁶.

Doctrina menționează că diferența dintre credință și bună-credință este una majoră, primul termen însemnând „supunere”, pe când definiția buneii-credințe include elemente multiple, și nici supunerea, nici loialitatea nu se numără printre acestea¹⁰⁷. Îmbrățișăm opinia conform căreia nu se poate pune semnul de egalitate între bună-credință și loialitate, buna-credință fiind adesea definită ca o conformare cu legea în atingerea scopului sau respectarea standardelor decenței și ale onestității. Utilizarea vastă a noțiunii de bună-credință este în concordanță totală cu condiția că pentru a fi „bună”, o persoană trebuie să fie dedicată unei anumite forme de credință. Această teorie este susținută de argumente etimologice, respectiv definirea buneii-credințe ca fiind echivalentă cu fidelitate, loialitate, făcând trimitere la termenul de „credință”, respectiv calitatea îndeplinirii încrederii oferită de o altă persoană, devotament¹⁰⁸.

O modalitate directă pentru a determina dacă buna-credință este un element al loialității, sau o haină a acesteia, este răspunsul la întrebarea dacă este posibil ca o persoană să fie loială fără a acționa cu bună-credință. Ambele părți ale doctrinei se concentrează pe același aspect specific al buneii-credințe, respectiv obligația subsidiară de a evita încălcarea intenționată a prevederilor legale. Dacă un administrator care încalcă legea în mod intenționat, poate fi considerat loial față de societate și față de acționari, atunci buna-credință nu poate fi considerată ca fiind o simplă submulțime a loialității.

Obligația unui administrator de a nu cauza cu știință ca societatea să încalce legea, a fost fundamentată în mod tradițional și în mod just pe buna-credință. Un administrator care determină cu știință societatea să încalce legea este lipsit de onestitate, deoarece cunoaște faptul că acționează necorespunzător și încalcă standardele decenței general aplicabile. Organizația în care este încorporată funcția sa este obligată să își desfășoare activitatea între limitele stabilite de lege și are așteptarea rezonabilă de la cei care o administrează să acționeze în consecință.

¹⁰⁶ Strine, L. E. Jr.: *Loyalty's Core Demands. The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Georgetown Law Journal nr. 98/2010, p. 644-645.

¹⁰⁷ A se vedea Eisenberg, M. A., art. precitat supra 568, p. 15.

¹⁰⁸ Webster Ninth New Collegiate Dictionary, ediția a 9-a, 1988, *The American Heritage Dictionary of the English Language*, ediția a 4-a, 2000, *Oxford English Dictionary*, ediția a 2-a, 1989.

Doctrina contrară își fundamentează raționamentul pe definiția loialității, care include fidelitatea în conținutul său, inclusiv fidelitatea față de funcția deținută. Faptul că un administrator determină în mod intenționat societatea să se angajeze în acțiuni sau activități nelegale sau de a intra într-o afacere nelegală este neloială în cel mai fundamental sens. O societate legal constituită devine un actor căruia îi incumbă drepturi și obligații. Dacă administratorii determină în mod conștient societatea să săvârșească acte pe care nu ar avea voie să le comită, atunci ei sunt neloiali față de însăși natura esențială a societății¹⁰⁹. Prin determinarea societății să devină o entitate lipsită de scrupule și de legalitate, aceștia o transformă într-un actor nesincer față de promisiunea care îi fundamentează tocmai constituirea. Societatea nu poate să transmită administratorilor puterea de a acționa nelegal în numele acesteia, iar conformitatea cu legea trebuie să prevaleze față de obținerea profitului în ceea ce privește stabilirea misiunii societății.

Tradițional, obligația de loialitate a fost descrisă în termeni deschiși, într-o manieră care nu subliniază doar obligația unui mandatar loial de a se abține de la obținerea unor avantaje în folosul propriu pe costul societății, ci și obligația de fi proactiv și de a acționa voluntar pentru promovarea intereselor societății¹¹⁰.

Oricare dintre obligațiile fiduciare poate fi descrisă în termeni extinși sau în mod limitat, cea mai elocventă manifestare a acestor definiții poate fi observată în diferențele dintre standardul de conduită și standardul de evaluare¹¹¹. În aceeași manieră în care obligația de loialitate poate fi descrisă într-o modalitate extensivă, la fel obligația de diligență și prudență și buna-credință pot fi descrise într-o manieră cuprinzătoare sau îngustă. Standardul de conduită este adesea semnificativ mai larg decât standardul de evaluare, dar cele două sunt strâns legate între ele. Câmpul de aplicare este similar, însă standardul de conduită este mai strict decât standardul de evaluare. În cazul obligației de diligență și prudență, standardul de conduită impune o diligență și prudență obișnuită, respectiv evitarea unui comportament

¹⁰⁹ A se vedea Strine, L. E., *art. precitat supra* 669, p. 650.

¹¹⁰ Johnson, L.: *After Enron. Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law*, Delaware Journal of Corporate Law vol. 28/2003, pp. 37-42.

¹¹¹ A se vedea Eisenberg, M. A., *art. precitat supra* 569, p. 440.

neglijent, pe când standardul de evaluare presupune mai multe justificări ale conduitei defectuoase, care să denote neglijența gravă. Obiectul celor două standarde este identic. Acest model este perfect aplicabil și celorlalte obligații fiduciare.

180. Doctrina recentă condamnă „restrângerea retorică a conceptului loialității” care ar reduce obligația de loialitate la conflicte de interese¹¹². Singura funcție a unei obligații fiduciare separată de bună-credință ar fi umplerea spațiului conceptual creat de limitarea obligației de loialitate tradiționale și vaste, necesară pentru absorbirea transformării definiției încetățenite a unui mod de gândire loial spre o obligație independentă.

Obligația de loialitate este descrisă totuși ca fiind în principal legată de conflictele de interese financiare¹¹³. Cu doar câteva luni înainte de pronunțarea cauzei revoluționare *Stone*, care a răsturnat întreaga doctrină, Curtea Supremă din Delaware a apreciat că universul conduitei fiduciare deficitare nu se limitează la lipsa de loialitate în sens clasic, adică preferarea interesului personal contrar al mandatarului sau al unei persoane înrudită cu acesta față de avansarea intereselor societății, sau la neglijență gravă. S-au constatat numeroase situații în care administratorii nu au un interes în conflict cu interesul societății, dar totuși se angajează în conduite mai grave decât o simplă neatenție sau omisiune de a se informa înainte de luarea unei decizii. Pentru a proteja interesele societății și ale acționarilor, conduita

¹¹² A se vedea Strine, L. E., *art. precitat supra* 669, p. 634.

¹¹³ Block, D. J., Barton, N. E., Radin, S. A.: *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, ediția a 6-a, Ed. Wolters Kluwer, New York, 2017, pp. 84-90; a se vedea Bainbridge, S. M. et al. *art. precitat supra* 614, p. 585, „obligația de loialitate s-a fundamentat tradițional pe situațiile în care pârâtul mandatar a primit un folos material injust”; Eisenberg, M. A. *supra* 568, p. 5, „standardul de conduită al obligației de loialitate impune în general unui administrator să acționeze în mod corect atunci când acționează în interesul său personal sau în interesul pecuniar al unui asociat sau al unui membru de familie”; Hill, C. A., McDonnell B. H.: *Disney, Good Faith and Structural Bias*, *Journal for Corporation Law* vol. 32/2007, p. 835, „instanțele identifică adesea conflicte de interese în situații în care un administrator, manager sau un acționar cu putere de control are interese financiare specifice, clar identificabile într-o decizie care poziționează propriul său interes în concurs cu interesele societății”; Reed, J. L., Neiderman, M.: *Good Faith and the Ability of Directors to Assert par. 102(b)(7) of the Delaware General Corporation Law as a Defense to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight and Similar Breaches of Fiduciary Duty*, *Delaware Journal of Corporate Law* vol. 29/2004, p. 121, „existența sau absența unui interes financiar contrar este centrul de greutate al conceptului tradițional al obligației de loialitate”.

fiduciară care nu implică un caracter neloial conform definiției tradiționale, dar care din punct de vedere calitativ este mai gravă decât *culpa lata*, ar trebui prevăzută de lege. Este nevoie de un instrument de adresare a acestor încălcări și acel instrument este obligația de a acționa cu bună-credință.

Prin urmare, întrebarea firească este următoarea: poate o persoană să fie onestă fără a fi loială și loială fără a fi onestă? Răspunsul predominant în doctrină pare să fie afirmativ. Spre exemplu, un administrator poate fi onest, fără a fi loial în același timp, prin dezvăluirea conflictului de interese preexistent¹¹⁴ sau poate fi loial fără a fi onest prin adoptarea unor acțiuni nelegale.

În termeni mai specifici, se pune întrebarea dacă un administrator care încalcă legea în mod intenționat poate să fie considerat loial față de societate și față de acționari, iar răspunsul pare să fie afirmativ¹¹⁵. Opiniile contrare se fundamentează pe raționamentul că, prin încălcarea legii, administratorul nu este loial față de societate și față de acționari, deoarece aceștia nu au autorizat acțiunile nelegale¹¹⁶. Niciun autor nu susține că încălcările intenționate ale legii ar trebui permise sau că nu reprezintă încălcări ale obligațiilor fiduciare, dar întrebarea care se pune este dacă obligația fiduciară încălcată este cea a loialității.

Relația dintre bună-credință și loialitate nu este una care să poată fi determinată prin argumente etimologice, lingvistice sau semantice. Într-o anumită măsură, termenul legal se va suprapune cu limbajul comun, dar în anumite situații nu se va identifica cu acesta. Este cu atât mai confuz faptul că până și instanțele utilizează uneori înțelesul acestui termen din limbajul comun, fără a oferi o elucidare acestei dileme, care își găsește adesea răspunsul prin recurgerea la intuiție. Limbajul comun poate reprezenta o premisă, dar definiția legală trebuie să se bazeze pe considerații funcționale.

¹¹⁴ Cauza *United States v. O'Hagan*, 521 Curtea Supremă SUA, 1997, pct. 642, „datorită faptului că dezamăgirea este esențială pentru constatarea că persoana a folosit activele încredințate în alt scop decât cel prevăzut, și implică disimulare față de sursa informației, dacă titularul obligațiilor fiduciare dezvăluie informațiile secrete din sursa pe care planifică să o tranzacționeze, nu putem vorbi despre un instrument de dezamăgire [...] deși se poate angaja răspunderea pentru încălcarea obligației de loialitate”.

¹¹⁵ A se vedea Bainbridge, S. M. et al. *art. precitat supra* 614, p. 591; Eisenberg, M. A., *supra* 568, p. 38.

¹¹⁶ A se vedea Strine, L. E., *art. precitat supra* 669, p. 648.

Între extinderea câmpului de acoperire a înțelesului conflictului de interese și implicit a obligației de loialitate, pentru a cuprinde situații care nu sunt de esența loialității, ne alăturăm opiniei care privește buna-credință ca pe o obligație fiduciară distinctă.

5. Buna-credință în dreptul societar din unele state membre ale Uniunii Europene

181. Normele aplicabile în Delaware oferă mecanisme de adoptare a deciziilor de afaceri, permițând societăților să îmbrățișeze practici și proceduri proprii. Raționamentul acestei scheme rezidă în faptul că, este mai oportun a permite tratarea afacerilor de către cei care sunt responsabili de acestea, decât de către legiuitori sau judecători. Apreciem că aceeași perspectivă ar fi dezirabilă și în jurisdicțiile de drept continental. Considerarea intereselor celeilalte părți contractuale este de esența tradiției juridice a jurisdicțiilor de drept civil, care prevăd adesea îndeplinirea bunei-credințe în stadiul negocierilor, a încheierii și a executării unui contract¹¹⁷. În vreme ce în majoritatea contractelor, obligația de loialitate reprezintă doar o obligație accesorie obligației principale de a face, în cazul relației fiduciare, obligația de loialitate este principala obligație datorată. Spre deosebire de *common law*, în sistemul de drept civil, buna-credință reprezintă o instituție mai cuprinzătoare, acoperind în principiu orice raport juridic¹¹⁸.

Tendința europeană este derivarea jurisprudențială a bunei-credințe din dreptul comun, cu precădere din contractul de mandat, iar nu reglementarea acestei instituții ca obligație fiduciară distinctă. Numeroase state au codificat cele două obligații fiduciare tradiționale și regula judecății de afaceri¹¹⁹, obligația de loialitate fiind în general absorbită de buna-credință.

¹¹⁷ Gelter, M., Helleringer, G.: *Fiduciary Principles in European Civil Law Systems*, ECGI Law Working Paper nr. 392/2018.

¹¹⁸ Frankel, T.: *Toward Universal Fiduciary Principles*, Queen's Law Journal vol. 39, nr. 2, Kingston, Canada, 2014, p. 419.

¹¹⁹ Anumite state, printre care Bulgaria, Grecia, Letonia, România, Slovacia și Slovenia au introdus în legea societăților trimiteri directe la contractul de mandat pentru completarea normelor privind angajarea răspunderii administratorilor în cazul încălcării obligațiilor

Încercările de raționalizare a bunei-credințe în dreptul continental s-au materializat de multe ori prin diferite formulări care exclud modalități ale conduitei necorespunzătoare, precum eludarea spiritului înțelegerii, lipsa diligenței și evitarea îndeplinirii sarcinilor, neîndeplinirea prestației principale, lipsa cooperării sau abuzul de putere¹²⁰. Buna credință este adesea privită ca un standard de conduită, care se poate încorpora într-o obligație particulară, ca o expresie veritabilă a *lex mercatoria*¹²¹.

Observăm că toate sistemele de drept din UE utilizează principiile generale ale dreptului contractelor și ale dreptului obligațiilor pentru a umple conținutul regulilor guvernantei corporative și ale conduitei fiduciare. Franța, Belgia și Olanda aplică în jurisprudență principiile generale ale răspunderii civile, în vreme ce alte jurisdicții, precum Bulgaria, Grecia, România, Slovacia și Slovenia, au adoptat norme de trimitere expresă la contractul de mandat pentru completarea prevederilor referitoare la răspunderea administratorilor.

În *common law*, noțiunea de „trust” presupune așteptări mult mai înalte de la fiduciari, spre deosebire de mandatarii din sistemul de drept civil. Noțiunea de „trust”¹²² (încredere) implică desfășurarea afacerilor societății pentru obținerea celor mai profitabile rezultate posibile pe seama beneficiarilor, ceea ce se poate realiza doar prin acțiuni în spiritul încrederii conferite și cu bună-credință în exprimarea acestei încrederi. Conținutul noțiunii de *trustee*, străină jurisdicțiilor de drept civil, nu se confundă cu termenul de „mandatar”, termen care adaptează principiile de bună-credință și sinceritate absolută relațiilor contractuale și de afaceri.

fiduciare și implicit a lipsei bunei-credințe. A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 647, p. 233.

¹²⁰ A se vedea Summers, R. S., *supra* 595 și Zimmermann, S.: *Good Faith in European Contract Law*, Whittaker eds., Cambridge University Press, 2000, p. 118.

¹²¹ Jaquet, J. M.: *Le contrat international*, ediția a 2-a, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 102.

¹²² Instituția de „trust” din sistemul de drept anglo-saxon reprezintă o relație în care un *trustee*, respectiv un mandatar care poate fi o persoană fizică sau juridică, desfășoară afacerile în numele și în beneficiul altor persoane (beneficiarii). Acest termen, care împrumută termenul englez de „încredere”, subliniază derularea afacerilor în beneficiu exclusiv al altei persoane. Deși prezintă asemănări cu noțiunea de „mandat”, încrederea și obligațiile specifice ale acestei instituții nu pot fi preluate în mod automat, fiind de o complexitate mult mai pronunțată decât mandatul din dreptul anglo-saxon (*agency*).

182. Buna-credință ca obligație fiduciară este prevăzută în mod expres în Estonia, iar jurisprudența a dezvoltat conținutul acesteia prin includerea obligației de a informa, de a trata în mod egal mandanții (acționarii) și de a-și exercita dreptul de vot într-o manieră care să nu fie în detrimentul vreunui acționar sau al societății din motive subiective¹²³. Alte state care prevăd buna-credință în dreptul comun și aplică aceste norme persoanelor care ocupă o funcție de administrare a unei societăți sunt Italia și Lituania, iar Malta și Slovacia prevăd această obligație în rândul obligațiilor fiduciare din legea societăților¹²⁴.

183. În majoritatea jurisdicțiilor predomină codificarea obligațiilor fiduciare, excepție făcând sistemele de drept din familia celor care în mod tradițional desprind conduita fiduciară din jurisprudență, cum ar fi Irlanda, Cipru, dar și Marea Britanie, înaintea adoptării *Companies Act* în anul 2006. Pe de altă parte, intercalarea normelor legale cu practica instanțelor conturează adesea conduita fiduciară, fără a prevedea buna-credință în mod independent¹²⁵.

În deliberările prealabile formulării legii, legiuitorul britanic a fost presat de doctrină și de practicieni să renunțe la conceptul de supremație a intereselor acționarilor în favoarea unei abordări pluraliste a actorilor guvernantei corporative. Dreptul societar britanic conferă bunei-credințe un caracter independent, prin reglementarea secțiunii 172(1) *UK Companies Act*, care, sub titlul „obligația de a promova succesul societății”, reglementează obligația administratorilor de a acționa „într-o manieră în care aceștia consideră cu bună-credință că promovează succesul societății, în beneficiul tuturor membrilor acesteia”.

¹²³ Art. 32 Cod Civil estonian, care se aplică și funcției de administrare a unei societăți. În mod similar, Legea elenă nr. 2190/1920 conține o normă generală care cuprinde obligația de loialitate, cu o natură duală, respectiv urmărirea scopurilor societății cu diligență și prudență, și evitarea utilizării poziției în scopul obținerii unor beneficii personale. În plus, obligația de confidențialitate și de neconcurență sunt prevăzute în mod expres, iar buna-credință este derivată din contractul de mandat.

¹²⁴ Prevederea generală din art. 1175, 1375 Cod Civil italian, art. 2.87 Cod Civil lituanian, art. 136A *Companies Act* din Malta și art. 194(5) (2) din Codul Comercial slovac.

¹²⁵ Franța, Germania, Danemarca, Lituania și Suedia. Codul Comercial francez prevede răspunderea pentru încălcările legii sau ale actului constitutiv prin greșeli de administrare, *faute de gestion*, fără a menționa expres obligația de loialitate.

Doctrina interpretează această dispoziție legală ca pe o confirmare a caracterului independent al bunei-credințe, ca o nouă obligație legală creată în sarcina administratorilor¹²⁶. Caracterul discreționar al puterii de decizie conferit administratorilor este limitat de convingerea acestora, că actele și faptele lor vor avea ca efect probabil avansarea succesului societății. Este așadar relevantă convingerea proprie a administratorului, iar nu aprecierea *ex post* a instanței¹²⁷. În vreme ce obligația de diligență și prudență limitează caracterul discreționar în ceea ce privește luarea unei decizii de afaceri, noua dispoziție legală îmbogățește libertatea de acțiune a mandatarilor sociali¹²⁸. Determinarea îndeplinirii obligației de *bona fide* față de societate se realizează în continuare conform principiilor jurisprudențiale consacrate¹²⁹, respectiv se va aplica un test obiectiv. În concret, se va verifica dacă o persoană onestă și inteligentă, dacă s-ar afla în poziția administratorului din societatea respectivă, în același context și în aceleași circumstanțe, ar avea convingerea rezonabilă că operațiunile sunt încheiate în avantajul societății. Riscul acestei evaluări obiective rezidă în faptul că acest standard se limitează la caracterul onest al administratorilor, care uneori acționează nu în favoarea societății, ci în interesul acționarilor care i-au numit. Din aceste considerente, îmbrățișăm efectuarea testelor mixte, care reprezintă un amalgam al testelor obiective și testelor subiective.

184. Datorită ubicuității bunei-credințe în dreptul privat, o parte a doctrinei nu consideră că aceasta ar avea un rol special în dreptul societar, deoarece nu reprezintă o particularitate a relațiilor fiduciare¹³⁰. Justificarea

¹²⁶ A se vedea Sealy, L., Worthington, S.: *Cases and Materials in Company Law*, ediția a 8-a, Ed. Oxford University Press, Londra, 2007, p. 296 și Tomasic, R.: *Company Law Modernisation and Corporate Governance in the UK – some recent issues and debates*, Durham Law School Legal Paper Series 2018, p. 59. Totuși, opinii disparate interpretează această formulare legală ca pe o modalitate de îndeplinire a obligației de loialitate. Keay, A.: *The duty to promote the success of the company: is it fit for purpose?*, University of Leeds School of Law, Centre for Business Law and Practice Working Paper nr. 4/2010.

¹²⁷ Khan, P., Kasi, M.: *Enlightened Shareholders Value' Approach under Section 172 of the UK Companies Act of 2006: An Analysis*, Research Journal of Recent Sciences vol. 6, nr. 6/2017, p. 39.

¹²⁸ A se vedea consultarea legislativă din Marea Britanie numită *Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework*, Company Law Review Steering Group, 2000, secțiunea 2.12, 3.24.

¹²⁹ *Cauza Charterbridge Corp. Ltd. v. Lloyds Bank Ltd.*, Chancery Court, Londra, 1970.

¹³⁰ McGhee, J.: *Snell's Equity*, ediția a 13-a, Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2000, p. 152.

principală a caracterului autonom al bunei-credințe în dreptul continental este aceea a interdicției titularului obligațiilor fiduciare de a acționa în mod conștient într-o manieră în care el anticipează că va prejudicia interesele actuale ale beneficiarului ori în care nu avansează interesele sale viitoare¹³¹. Conform acestor opinii, buna-credință din dreptul societăților se distinge de cea de drept comun prin limitarea spectrului deciziilor rezonabile și legitime prin introducerea obligației de a nu prejudicia intenționat interesele beneficiarului. Acest aspect al anticipării distinge buna-credință și de conflictele de interese tipice, deoarece interzice și prejudiciile previzibile, și nu protejează doar riscul determinat de tentația încălcării obligației de loialitate.

Un alt argument privește obiectivele și valorile diferite protejate de cele două obligații, respectiv o situație de conflicte de interese determină riscul unei judecăți de afaceri corespunzătoare, chiar dacă titularul obligațiilor fiduciare este convins cu bună-credință că exercitarea puterilor discreționare care i-au fost conferite nu este afectată de vreun conflict de interese¹³². Așadar, în caz de conflict de interese, buna-credință este insuficientă pentru a demonstra judecata de afaceri corespunzătoare, însă standardul de evaluare al obligației de loialitate, prin caracterul obiectiv, contribuie la identificarea răspunsului dacă administratorul și-a fundamentat raționamentul pe aspecte obiective relevante. Conflictele de interese nu ar trebui privite ca o decizie a mandatarului de a alege între propriile interese și cele ale mandantului, ci se nasc în momentul în care titularul obligațiilor fiduciare ia o decizie în dezavantajul beneficiarului¹³³.

185. Prin reforma Codului Civil francez din anul 2016, legiuitorul a amplificat importanța bunei-credințe și a ridicat valoarea acestei instituții la rangul unei valori de ordine publică, astfel încât părțile nu pot prevedea prin contract exonerarea administratorului pentru exercițiul unor acte sau fapte

¹³¹ Nolan, R., Conaglen, M.: *Good Faith: What Does It Mean for Fiduciaries?* în volumul Bant, E., Harding, M.: *Exploring Private Law*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 333.

¹³² Valsan, R. D.: *Understanding Fiduciary Duties: Conflict of Interest and Proper Exercise of Judgment in Private Law*, McGill University Paper Studies, Montreal, 2012, p. 47.

¹³³ Shepherd, J. C.: *The Law of Fiduciaries*, Ed. Carswell, Toronto, 1981, în care se oferă o comparație între dreptul britanic și dreptul canadian al obligațiilor fiduciare.

cu încălcarea buneii-credințe¹³⁴. Deși nici noul Cod Civil francez nu definește buna-credință, aplicabilitatea acesteia a fost extinsă la negocierile pre-contractuale și la desfășurarea negocierilor, abordare regăsită în Codul Civil român la art. 1170.

Noțiunea de *loyauté* din dreptul francez este utilizată în mod tradițional în dreptul contractelor¹³⁵ și reprezintă o construcție aplicată a noțiunii mai vaste de bună-credință. Doctrina franceză acordă diferite înțelesuri obligației de loialitate în relațiile contractuale în care o parte acționează în numele și pe seama alteia. Dimensiunile conferite de doctrină buneii-credințe contractuale se împart în elementele substanțiale ale obligațiilor subsumate buneii-credințe, precum cele de etică și de echitate (traduse în practică prin obligația de cooperare), elementele formale sau structurale, care sunt incerte datorită volatilității buneii-credințe (incorporate în caracterul rezonabil) și elemente de ordin judiciar, respectiv aplicarea practică a buneii-credințe ca standard de evaluare deschis (judecata în echitate)¹³⁶.

Loialitatea este privită într-o manieră surprinzător de similară doctrinei americane, ca fiind o obligație cu multe fațete. Pe de-o parte poate interveni în raporturi în care o parte tinde să își avanseze propriile interese (*relations de méfiance*), precum contractele sinalagmatice, în cazul cărora fiecare parte datorează corectitudine și bună-credință, la momentul negocierii, a executării și a desființării contractului. Pe de altă parte, când o persoană încredințează îndeplinirea intereselor sale altei persoane, obligația de loialitate presupune subordonarea intereselor personale și acționarea în interesul beneficiarului (*relations de confiance*)¹³⁷. În viziunea franceză,

¹³⁴ Solene, R.: *The new French law of contract*, International & Comparative Law Quarterly nr. 20/2017, British Institute of International and Comparative Law, p. 7.

¹³⁵ Barrière, F.: *La réception du trust au travers de la fiducie*, Ed. Litec, Paris, 2004, p. 441, „Le devoir de loyauté du fiduciaire-trustee lui impose de toujours faire prévaloir les intérêts du trust ou de la fiducie sur ses propres intérêts. Ce devoir l'oblige, en particulier, d'éviter qu'un conflit d'intérêts survienne.”

¹³⁶ Storme, M. E.: *Good faith and the contents of contracts in European Private Law*, Electronic Journal of Comparative Law vol. 1, nr. 7/2003, pp. 2-4, p. 6, comentat de Floare, M.: *Considerații de drept comparat privind conceptele îngemănate de "bună-credință" și "rea-credință" în materie contractuală*, RRDP nr. 2/2014, p. 112.

¹³⁷ Aynès, L.: *L'obligation de loyauté*, volumul *L'obligation*, Archives de Philosophie du Droit nr. 44, Ed. Dalloz, Paris, 2000, p. 199.

loialitatea contractuală (ca element al buneii-credințe) are întotdeauna un caracter obiectiv, spre deosebire de buna-credință din dreptul comun, care este mai strâns legată de caracterul *intuitu persoane* și justificată de încredere¹³⁸.

S-a mai precizat că, în ceea ce privește executarea contractelor, buna-credință ar fi o regulă exterioară contractului, fundamentată pe caracterul onest și corect al răspunderii civile delictuale. Așadar, încălcarea buneii-credințe este apreciată *in abstracto* și variază în funcție de calitatea autorului, fiind o răspundere mai strictă în cazul profesioniștilor sau în cazul contractelor *intuitu personae*, datorită relației particulare dintre părți¹³⁹.

Dreptul francez păstrează per ansamblu abordarea tradițional subiectivă a buneii-credințe prin eliminarea situațiilor de rea-credință. Menținută din Codul Napoleon, funcția dominantă a buneii-credințe în materie contractuală franceză și belgiană este funcția interpretativă a acesteia, anume interpretarea voinței părților la momentul încheierii contractului. Doctrina a identificat câteva elemente componente ale obligației de loialitate, respectiv conduita de bună-credință a părților (*loyauté du contractant*) și obligația generală de corectitudine și cooperare între părți (*loyauté contractuelle*), care se extind la perioada dinaintea încheierii contractului și asupra raporturilor post-contractuale¹⁴⁰. Ne vom referi la primul element al obligației de loialitate, care este specific în situațiile numite *situations ouvertes* sau *relations de confiance*. Observăm așadar asemănări între doctrina americană și doctrina franceză de la începutul anilor 2000, când importurile legislative din guvernanța corporativă americană nu dobândiseră încă amploarea de astăzi. Nu doar aplicabilitatea și conținutul obligației de loialitate, dar și ezitățile doctrinei de a încadra această obligație în altă structură existentă sau de a îi conferi un caracter independent, sunt similare. Apreciem că, în ciuda lipsei unor influențe directe între cele două jurisdicții în evoluția istorică a obligațiilor fiduciare, aceste similitudini reflectă eforturile ambelor sisteme de drept de a conferi un înțeles structurat fenomenelor emergente ale guvernanței corporative.

¹³⁸ Picod, Y.: *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1989, p. 22.

¹³⁹ Cadet, L., Le Tourneau, P.: *Abus de droit*, Répertoire Dalloz de droit civil, aprilie 2008, p. 17.

¹⁴⁰ Terré, F.: *Droit civil. Les obligations*, ediția a 8-a, Ed. Dalloz, Paris, 2002, p. 187.

Distincția dintre contractul de mandat și noțiunea reprezentării a fost clarificată de doctrina franceză abia în secolul XX, instituția reprezentării fiind tradițional fundamentată pe noțiunile de putere și de încredințare a puterii¹⁴¹. În prezent, doctrina se focalizează pe relația dintre mandatar și beneficiar și pe mecanismul reprezentării. *Situations ouvertes* sunt caracterizate de posibilitatea mandatarului de a alege cursul de acțiune și modalitățile de determinare a intereselor și a manierei îndeplinirii acestora¹⁴². Definirea intereselor beneficiarului în relațiile deschise prezintă un puternic caracter subiectiv, așteptarea de la mandatar fiind aceea că acesta va alege opțiunile pe care le consideră preferabile, deși acestea nu reprezintă mereu *in abstracto* opțiunile optime. Așadar, în concepția franceză, definirea intereselor și reprezentarea sunt de esența relațiilor deschise, respectiv ale relațiilor fiduciare. Pentru îndeplinirea acestora, legea impune două limite, obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență.

Într-o altă abordare a dreptului francez, relația fiduciară reprezintă produsul unui contract fiduciar, care are de asemenea ca punct central noțiunea reprezentării¹⁴³. Conform acestei teorii, reprezentarea este justificată de controlul conferit de o parte asupra intereselor acesteia. Legea prezumă existența conflictelor de interese ce pot apărea și impune astfel obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență. În vreme ce obligația de diligență și prudență se referă la modalitățile de îndeplinire a mandatului, obligația de loialitate este privită ca fiind diferența principală între contractele fiduciare și alte tipuri de contracte și care implică obligația de a avansa interesele beneficiarului cu bună-credință.

186. Majoritatea situațiilor acoperite de teoria obligațiilor fiduciare în *common law* au un corespondent în sistemul de drept civil, iar majoritatea statelor europene prevăd într-o manieră sau alta operațiunile în conflict de interese, tranzacționarea corectă și promovarea intereselor acționarilor și recurg la dispozițiile generale ale contractului de mandat, astfel încât reglementarea distinctă a bunei-credințe în dreptul societar nu prezintă un interes ridicat.

¹⁴¹ Didier, P.: *De la représentation en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 130.

¹⁴² A se vedea Valsan, R. D., *studiu precitat supra* 695, pp. 124-126.

¹⁴³ Bonfils, S.: *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 81.

187. Codul Civil german prevedea încă din anul 1896 principiul bunei-credințe pentru definirea modalității de executare a obligației contractuale, un principiu care a fost amplificat și întărit de jurisprudență, ceea ce a determinat noi abordări ale acestuia prin utilizarea aproape abuzivă am spune a acestui principiu, în lipsa unui alt mecanism de corectare a conduitei inechitabile sau incorecte. Locul consacrat al bunei-credințe din art. 242 Cod Civil german a fost păstrat până în prezent, fiind aplicat adesea de instanțele care judecă litigiile între profesioniști. Esența bunei-credințe contractuale din dreptul german este luarea în considerare a intereselor celeilalte părți a raportului juridic. Formularea legală este destul de simplistă, respectiv „debitorul este obligat să execute conform cerințelor bunei-credințe, luându-se în considerare uzanțele obișnuite”, prevedere legală care este adesea asociată cu art. 157 Cod Civil german referitor la interpretarea contractelor. Traducerea literală a noțiunii legale de bună-credință (*Treu und Glauben*) înseamnă fidelitate și credință. Dreptul german consacră o abordare duală bunei-credințe, interpretarea subiectivă fiind caracteristică drepturilor reale, iar abordarea obiectivă fiind dominantă în materie contractuală. Buna-credință contractuală are două implicații. În primul rând, elementele de loialitate reprezintă elementul pasiv al bunei-credințe, în vreme ce obligația de cooperare și de întreprindere a unor acțiuni în folosul celeilalte părți constituie obligația activă. Așadar, dreptul german impune acționarea cu bună-credință și cu luarea în considerare a practicilor de afaceri din domeniul respectiv.

O parte a doctrinei germane apreciază că obligația de loialitate din dreptul societar este fundamentată pe dispozițiile bunei-credințe din dreptul comun, astfel încât obligația de loialitate ar fi de fapt o versiune mai strictă a bunei-credințe¹⁴⁴, iar o altă parte a doctrinei diferențiază în mod categoric cele două obligații fiduciare, buna-credință fiind aplicabilă în orice relație juridică, pe când obligația de loialitate este datorată doar în relațiile particulare care o impun, precum contractul de mandat¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Hennrichs, J.: *Treuepflichten im Aktienrecht*, Archiv für die zivilistische Praxis nr. 195/1995, p. 228.

¹⁴⁵ Grundmann, S.: *The evolution of trust and Treuhand in the 20th century*, Richard Helmholz & Reinhard Zimmermann eds., Ed. Oxford University Press, Londra, 1998, p. 483 și Lutter, M.: *Theorie der Mitgliedschaft*, Archiv für die zivilistische Praxis nr. 180/1980, p. 103.

188. Belgia, deși nu codifică obligațiile fiduciare în legea societăților, aplică prevederile privind răspunderea administratorilor și cu privire la obligația de a acționa cu bună-credință din dreptul comun, iar jurisprudența a clarificat o varietate de aspecte privind conduita fiduciară, cum ar fi conținutul obligațiilor, condițiile angajării răspunderii și aplicarea principiilor dreptului contractelor în relațiile fiduciare¹⁴⁶.

189. Având în vedere aplicarea normelor legale sau a jurisprudenței referitoare la obligația de loialitate în majoritatea statelor membre UE, întrebarea referitoare la sursele obligațiilor fiduciare și a bunei-credințe are valoare pur teoretică. Legislațiile de drept civil sunt suficient de elastice pentru a permite jurisprudenței derivarea bunei-credințe din dreptul comun și nuanțarea obligațiilor în diferite situații. Abordarea jurisprudențială americană a bunei-credințe contractuale presupune raportarea acestui concept la vizuniile și percepția unui grup-țintă, din domeniul sau ramura din care provine litigiul¹⁴⁷. Doctrina de drept continental o descrie pe de altă parte, ca pe o obligație de a acționa în mod cinstit și corect, prin considerarea încrederii conferite de părți. În plus față de abordarea preponderent subiectivă, se observă stabilirea unor seturi de reguli de conduită sau a unor situații de rea-credință excluse *ab initio* de la aplicarea bunei-credințe¹⁴⁸.

190. La polul opus se află reglementarea vastă a Codului Civil din Quebec, care privește buna-credință ca pe un standard ideal de conduită. Standardul este unul obiectiv, deoarece instanța va evalua conduita unei persoane prin raportare la o normă legală, elementul intențional având o pondere mai scăzută. Standardul unei persoane rezonabile învederat de art. 6 și 7 Cod Civil Quebec este raportat la norma de conduită prevăzută de

¹⁴⁶ Buna-credință este prevăzută de art. 1134 alin. 3 Cod Civil belgian care, raportat la art. 527 Cod Comercial, a generat interpretări ale conduitei administratorilor în special cu privire la obligația avansării intereselor societății, prin dezvoltarea obligației de neconcurență, de confidențialitate și de a evita conflictele de interese.

¹⁴⁷ Miller, A. D., Perry, R.: *Good Faith Performance*, Iowa Law Review vol. 98, nr. 2/2013, p. 728.

¹⁴⁸ A se vedea Floare, M., art. precitat supra 699, p. 113 și urm. Există opinii doctrinare care privesc buna-credință ca fiind golită de un conținut real, având în vedere volatilitatea și instabilitatea limitelor acesteia, această instituție fiind astfel asimilată vechiului *common law* și *ius honorarium* din dreptul roman, care subzistă doar datorită adăugărilor și îmbogățirilor jurisprudențiale. A se vedea Storme, M. E.: *Good faith and the contents of contracts in European Private Law*, Electronic Journal of Comparative Law vol. 1, nr. 7/2003, pp. 2-4.

lege¹⁴⁹. Intenția legiuitorului a fost crearea unui standard de evaluare a exigențelor conduitei mai puțin strict față de standardul de conduită rigid al bunei-credințe, astfel încât intenția părților la momentul încheierii contractului nu mai prezintă o importanță atât de mare¹⁵⁰.

Observăm că doctrina de drept continental a preferat adesea „să profite” de conținutul deschis al instituției bunei-credințe, completând acest concept cu noi elemente, odată cu dezvoltarea lumii afacerilor, în locul importării sau a dezvoltării unor noi obligații fiduciare. După cum am menționat, ne alăturăm opțiunii de simplificare a obligațiilor fiduciare în locul creării unor noi instituții nefamiliare sistemului de drept civil. Am arătat că în doctrina și jurisprudența de *common law*, obligația fiduciară de loialitate este privită ca înglobând buna-credință. Observăm că dreptul continental, spre exemplu dreptul român, dreptul francez și dreptul german, abordează doctrinar obligația de loialitate ca fiind o componentă esențială a bunei-credințe.

191. Tendința de interpretare obiectivă a bunei-credințe contractuale se observă și în propunerea de reglementare europeană a contractelor (*Draft Common Frame of Reference*) prin abordarea duală a jurisprudenței de *common law*: *fair dealing and fair price* și buna-credință, viziune reflectată de principiile UNIDROIT¹⁵¹ și de Principiile dreptului european al contractelor¹⁵².

6. Buna-credință în dreptul societar român

192. Buna-credință este în mod indubitabil o instituție de esență dreptului societar și a obligațiilor fiduciare, atât în sistemul de drept civil, cât și în dreptul anglo-saxon. Această instituție a fost recunoscută de la

¹⁴⁹ Lefebvre, B.: *La bonne foi: notion protéiforme*, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, Quebec vol. 26, nr. 2/1996, p. 327.

¹⁵⁰ A se vedea Floare, M., *art. precitat supra* 699, p. 119.

¹⁵¹ Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, European Law Publishers, Universitatea din Louvain, 2009, pp. 9, 13, 43-44.

¹⁵² Art. 1.201 din *Principles of European Contract Law (PECL)* prevede obligația părților de a acționa în mod onest și cu bună-credință (*fair dealing and fair price* și buna-credință), deși buna-credință din această construcție prezintă și elemente subiective, respectiv intenția părților de a acționa cinstit și corect. A se vedea Floare, M., *art. precitat supra* 699, p. 116.

începutul secolului XX în formularea jurisprudențială a regulii judecății de afaceri, inițial în statul Delaware și exportată ulterior în majoritatea statelor europene. Tendința europeană este derivarea jurisprudențială a bunei-credințe din dreptul comun, respectiv din dreptul obligațiilor sau din contractul de mandat, iar nu reglementarea expresă a acestei obligații fiduciare. Deși un număr semnificativ de state reglementează diligența și prudența și loialitatea în rândul obligațiilor fiduciare, nu putem deduce în mod automat faptul că autonomia bunei-credințe este exclusă din dreptul societăților.

Doctrina interbelică franceză a conferit bunei-credințe în materie contractuală două sensuri principale¹⁵³, primul element fiind strâns legat de noțiunile de onestitate, de echitate datorate în relațiile contractuale și de bune intenții, al doilea sens vizând erorile scuzabile ale părților unui contract¹⁵⁴. Din dispozițiile Codului Napoleon se puteau desprinde deja obligațiile de loialitate și de cooperare, alunecând de la un simplu instrument de interpretare a contractelor la o haină juridică a moralității. Fostul art. 970 alin. 1 Cod Civil român (art. 1134 alin. 3 Cod Civil francez) a devenit o veritabilă normă de conduită în executarea contractului și un instrument juridic care permitea sancționarea comportamentului contractual contrar valorilor morale intrinseci acestei reguli, spre exemplu „fidelitatea, sinceritatea, onestitatea și în sens mai larg, loialitatea”¹⁵⁵. Aceste expresii nu reprezintă decât „manifestări pozitive ale bunei-credințe”, buna-credință fiind încorporarea acestor noțiuni în sfera juridică¹⁵⁶. În aceeași manieră, art. 1272 Cod Civil completează sensul literal al clauzelor stipulate de părți, acestea fiind obligate să considere și „toate urmările pe care practicile statornicite [...], uzanțele, legea sau echitatea le dau contractului, după natura lui” (funcția de completare a bunei-credințe). Doctrina privește această funcție de completare a bunei-credințe, din actualul art. 1272 Cod Civil (la fel ca și fostul art. 970 Cod Civil), ca o subînțelegere a valorilor

¹⁵³ Gorphe, Fr.: *Le principe de la bonne foi*, Librairie Dalloz, Paris, 1928.

¹⁵⁴ Zamsa, C.: *Buna-credință în executarea obligațiilor contractuale*, Pandectele Române nr. 1/2013.

¹⁵⁵ Pop, L.: *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. II. Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 514-515.

¹⁵⁶ A se vedea Floare, M., art. precitat supra 699 și Le Tourneau, P., Poumarede, M.: *Bonne foi, Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009, p. 5.

morale implicite ale buneii-credințe, precum prudența, loialitatea, caracterul temperat și ordonat, care din punct de vedere juridic nu reprezintă altceva decât intenții corecte, diligență și prudență și loialitate¹⁵⁷.

193. Buna-credință are în tradiția juridică română un puternic fundament moral, iar evoluția înțelesului moralității a determinat volatilitatea instituției de bună-credință. Doctrina română menționează comportamentul loial și onest ca fiind o caracteristică esențială a buneii-credințe, care include chiar și convingerea eronată, dar scuzabilă a unei persoane că acționează în conformitate cu dispozițiile legii, în exercitarea unui drept propriu¹⁵⁸. Buna-credință se manifestă printr-un set de acțiuni sau inacțiuni asumate de un actor rezonabil, intenția sinceră și încrederea reciprocă fiind ingredientele esențiale ale construirii unui raport juridic. În relațiile comerciale, mandatarul era ținut de prevederile vechiului Cod Comercial să-și îndeplinească obligațiile cu bună-credință și cu respectarea instrucțiunilor (art. 381 C. Com.), informând totodată terții despre împuternicirea în temeiul căreia acționa (art. 384 C. Com.). Așadar, libertatea de acțiune a mandatarului era limitată de săvârșirea actelor în interesul mandantului.

Doctrina franceză a analizat mult timp întinderea, câmpul de aplicare a buneii-credințe și obligațiile subsidiare care decurg din această instituție¹⁵⁹, reținând în unanimitate limitele volatile și expansibile ale buneii-credințe și puternicele încărcături morale¹⁶⁰. Observăm că doctrina mai recentă adaugă esenței morale a buneii-credințe o funcție economică¹⁶¹, respectiv îndatorirea ca fiecare parte să contribuie la maximizarea utilității de care se bucură

¹⁵⁷ Gherasim, D.: *Buna-credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei, București, 1981, p. 10, comentat de Floare, *supra* 699, pp. 114-115 și Masse, C.: *Rapport général – La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant – Journées Louisianaises, Litec, Paris, 1994, pp. 224-225.

¹⁵⁸ Uță, L.: *Buna-credință în raporturile contractuale, partea I*, Revista Română de Jurisprudență nr. 1/2015, pp. 138-139. Potrivit dispozițiilor art. 14 alin. 1 Cod Civil, „orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri”.

¹⁵⁹ Terre Fr., Simler, Ph., Lequette, Y.: *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 404-405; Ghestin, J.: *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 1993, p. 236; Ramparany-Ravololomiarana, H.: *Le raisonnable en droit des contrats*, these, LGDJ, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de Droit et de Sciences Sociales, 2009, p. 359.

¹⁶⁰ Malaurie, Ph., Aynes, L., Stoffel-Munck, Ph.: *Drept civil. Obligațiile*, volum tradus în limba română, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2010, p. 404.

¹⁶¹ A se vedea Floare, M., *art. precitat supra* 699, p. 132, 137.

cealaltă parte în executarea contractului¹⁶². Această abordare economică a bunei-credințe este de origine americană, apariția ei datorându-se îndepărtării doctrinei de sfârșit de secol XX de la viziunea moralistă, și încercării de a oferi acestei instituții o calificare obiectivă, prin sublinierea oportunităților de afaceri pierdute de o parte la momentul angajării sale într-un raport contractual, numite *foregone opportunities*¹⁶³. Potrivit acestei viziuni, buna-credință reprezintă un instrument de protejare a intereselor financiare ale părții contractuale care a renunțat la anumite beneficii personale, prin aplicarea propriei experiențe și cunoștințe în interesul altei persoane. În aplicarea acestei interpretări, instanța va lua în considerare așteptările financiare ale ambelor părți la data încheierii contractului¹⁶⁴.

194. Moralitatea dobândește un rang superior în viziunea Codului Civil, deși aceasta nu a părăsit niciodată în istoria dreptului privat român câmpul bunei-credințe¹⁶⁵. Deși Codul Civil român din 2009 nu oferă o definiție bunei-credințe, reglementarea oferă o structură pe mai multe nivele a acestei instituții¹⁶⁶, din care le vom dezvolta pe cele relevante pentru prezenta lucrare. În primul rând, buna-credință reprezintă, potrivit dispozițiilor art. 14 Cod Civil, un principiu fundamental al modalității exercitării drepturilor și executării obligațiilor civile, a cărei existență este prezumată până la proba contrară. În al doilea rând, art. 15 Cod Civil sancționează abuzul de drept, definind acest concept într-o manieră contrară bunei-credințe (funcția limitativă a bunei-credințe). În al treilea rând, în materie contractuală, având un caracter de ordine publică¹⁶⁷, buna-credință reprezintă o obligație imperativă, aceea de a acționa cu bună-credință la momentul negocierii, încheierii și pe durata executării contractului. Această obligație a fost abordată de o parte a doctrinei ca fiind o obligație legală, iar

¹⁶² Zamsa, C.: *Buna-credință în executarea obligațiilor contractuale*, Pandectele Române nr. 1/2013.

¹⁶³ Burton, S.: *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, Harvard Law Review nr. 94/1980, pp. 94-96.

¹⁶⁴ Dixon, W. M.: *An examination of the common law obligation of good faith in the performance and enforcement of commercial contracts*, Queensland University of Technology School of Law, Australia, 2005, p. 48.

¹⁶⁵ A se vedea Floare, M., art. precitat supra 699, p. 113.

¹⁶⁶ A se vedea Zamsa, C., art. precitat supra 725.

¹⁶⁷ Ută, L.: *Buna-credință în raporturile contractuale*, Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2015.

nu una contractuală, nefiind susceptibilă de înlăturare sau limitare potrivit art. 1170 Cod Civil, sub sancțiunea nulității absolute. Legiuitorul conferă bunei-credințe valoarea unei reguli deosebite în etapa negocierii contractului, prin dispozițiile art. 1183 Cod Civil și valoarea unei condiții pentru invocarea excepției de neexecutare (art. 1556 Cod Civil). Codul Civil conferă bunei credințe atât puternice valențe obiective, prin definirea imprevizunii (funcția adaptativă a bunei-credințe, art. 1271 Cod Civil), cât și puternice valențe subiective, nu doar prin încărcătura tradițional morală, dar spre exemplu, prin reglementarea erorii scuzabile.

Calificarea bunei-credințe ca o obligație legală este dezbătută în doctrină, deoarece prin vastitatea ei, este descrisă ca reprezentând o obligație implicită care determină nașterea altor obligații subsidiare, inclusiv obligația de loialitate¹⁶⁸.

Prin instituirea prezumției legale de bună-credință, reclamantul trebuie să dovedească reaua-credință a părâtului. Relația de antonimie dintre buna-credință și reaua-credință a fost mult timp dezbătută în doctrină¹⁶⁹. Am menționat că o persoană poate acționa fără bună-credință în lipsa unor intenții incorecte, la fel cum poate uneori acționa cu loialitate, însă fără bună-credință. Dacă analizăm buna-credință prin prisma antonimiei sale cu conceptul de rea-credință, separarea fiduciară a bunei-credințe de loialitate nu va mai avea sens în dreptul român. Acesta este unul din considerentele pentru care buna-credință în dreptul continental, care înglobează loialitatea, poate fi îndeplinită și în situațiile în care se încalcă obligația de loialitate, spre exemplu, prin dezvăluirea unui conflict de interese preexistent.

195. Apreciem că, pentru aplicarea bunei-credințe în dreptul societăților, trebuie să privim în mod unitar răspunderea civilă a administratorilor pentru încălcarea obligațiilor fiduciare. Principiul general acceptat este că sancționarea încălcării exigențelor bunei-credințe are loc prin răspunderea civilă¹⁷⁰, însă totodată, forma de vinovăție joacă un rol marginal în angajarea răspunderii, buna sau reaua-credință având rolul agravării sau atenuării răspunderii.

¹⁶⁸ Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I.: *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 149.

¹⁶⁹ A se vedea Lefebvre, B., *art. precitat supra* 712, pp. 323, 327, 334.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 336, comentat de Floare, M., *art. precitat supra* 699, p. 120 și urm.

Am arătat că, în dreptul continental, loialitatea reprezintă o categorie sau un element al bunei-credințe, manifestat în special în relațiile contractuale construite pe un puternic fundament de încredere. Dreptul francez distinge între bună-credință și obligația de loialitate¹⁷¹, însă doctrinar, loialitatea este privită ca și elementul obiectiv al bunei-credințe, iar eroarea scuzabilă ar reprezenta manifestarea subiectivă a bunei-credințe¹⁷². Într-o altă opinie, loialitatea reprezintă tot o componentă a bunei-credințe, însă este un efect al funcției completeive a bunei-credințe, manifestându-se tocmai ca un mecanism al verificării obligației de loialitate¹⁷³, buna-credință fiind un ultim „*reality-check*” al standardului de evaluare a loialității, așa cum reprezintă și o ultimă verificare pentru aplicarea regulii judecății de afaceri.

Buna-credință este un element de esență administrării corespunzătoare a societății și a regulii judecății de afaceri și în dreptul societar român, deși nu este prevăzută în mod expres alături de cele două obligații fiduciare clasice în cuprinsul art. 144 ind.1 din Legea societăților (LS). Legiuitorul a ales să prevadă obligația îndeplinirii atribuțiilor de administrare cu bună-credință în cadrul art. 271 și art. 272 LS în cadrul definirii infracțiunilor de a căror săvârșire se face vinovat un administrator care prezintă „*cu rea-credință*” date neadevărate asupra constituirii ori asupra condițiilor economice ale societății, o situație financiară inexactă ori care ascunde cu rea-credință asemenea date.

Observăm că, deși buna-credință nu este prevăzută de legiuitorul român în aceeași secțiune alături de obligațiile fiduciare tradiționale, aceasta nu este ignorată ca parte componentă a unei conduite corespunzătoare așteptate de la un bun administrator. Din formularea legală, buna-credință apare ca fiind indisolubil legată de obligația de loialitate, iar prevederile de

¹⁷¹ Obligația de a executa contractele cu bună-credință este prevăzută în art. 134 alin. 3 Cod Civil francez, iar obligația de loialitate între agentul comercial și comitent este prevăzută de L134-4 alin. 2 Code de Commerce.

¹⁷² Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D.: *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Ed. Sellier, München 2008, p. 174 și Picod, Y., art. precitat supra 701, p. 11.

¹⁷³ A se vedea Floare, M., art. precitat supra 699, p. 126 și Masse, C.: *Rapport général – La bonne foi – Travaux de l'Association Henri Capitant – Journées Louisianaises*, Litec, Paris, 1994, p. 226.

drept penal par să excludă cazurile în care buna-credință ar putea fi încălcată de către un administrator loial, care nu se află într-un conflict de interese. Apreciem că această interpretare nu este una oportună și tindem să credem că nici legiuitorul român nu a avut intenția asumată de a asimila buna-credință obligației de loialitate sau de a o include în elementele acestei obligații fiduciare clasice.

Deși Legea societăților nu conține prevederi exprese cu privire la exercitarea funcției de administrator cu bună-credință, prevederile Codului Civil aplicabile contractului de mandat pot fi utilizate pentru umplerea acestor lacune. Acestea includ, printre altele, obligația generală a oricărei persoane de a acționa cu bună-credință din art. 14 Cod Civil, însă interpretarea acestei obligații este în sensul că aceasta ar reprezenta haina obligației de loialitate. În plus, art. 803 alin. 2 Cod Civil referitor la contractul de societate, prevede obligația generală de loialitate și îndatorirea mandatarului de a acționa cu onestitate și loialitate în vederea realizării optime a intereselor beneficiarului sau a scopului urmărit.

Doctrina română include tradițional obligația de loialitate, alături de onestitate, fidelitate și corectitudine în conținutul buneii-credințe. Ne întrebăm astfel de ce legiuitorul nu a optat pentru reglementarea obligației de diligență și prudență și pentru buna-credință ca obligații fiduciare ale administratorului în conținutul art. 144 ind. 1 LS, loialitatea fiind în mod tradițional inclusă în buna-credință. Ca și structură, legiuitorul român a preferat modelul american al obligațiilor fiduciare clasice, obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate. Spre deosebire de *common law*, unde buna-credință este absorbită de noțiunea vastă a loialității, abordarea din dreptul continental este opusă, respectiv loialitatea este inclusă în buna-credință, ceea ce justifică existența celor două obligații fiduciare clasice în *common law*.

Trecerea în revistă a schimbărilor sociale care au modificat traseul interpretărilor doctrinare și jurisprudențiale ale obligației de loialitate – de la conflictul de interese clasic la îndeplinirea unor obligații pozitive pentru îndeplinirea loială a mandatului – a demonstrat că limita dintre obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență este fragilă. În concepția

continentală modernă însă, loialitatea privește mai mult decât clasicele conflicte de interese și obținerea unui folos material, incluzând obligații subsidiare de neconcurență, interdicția de a abuza de puterea conferită, etc. Dacă potrivit dreptului român, buna-credință include obligația de loialitate, apreciem că aceasta ar trebui să absoarbă în evoluția realității sociale și noile elemente componente al loialității, care vor fi importate, pe măsura armonizării și globalizării, și în practica românească (Figura 7). Constatăm că, în mod probabil involuntar, opțiunea legiuitorului de a reglementa cele două obligații fiduciare din *common law*, răspunde noilor exigențe în mod eficient. Observăm că anumite raționamente pentru care susținem calificarea bunei-credințe ca o obligație fiduciară distinctă (sau în locul obligației de loialitate), sunt preluate și de jurisprudența română. În ceea ce privește determinarea societății să încalce o normă legală, jurisprudența din România se înscrie în tendința europeană, astfel încât administratorii vor răspunde personal pentru rambursarea sumelor achitate de societate cu titlu de amendă¹⁷⁴ deoarece nu au dat dovadă de o conduită de bună-credință.

Buna-credință

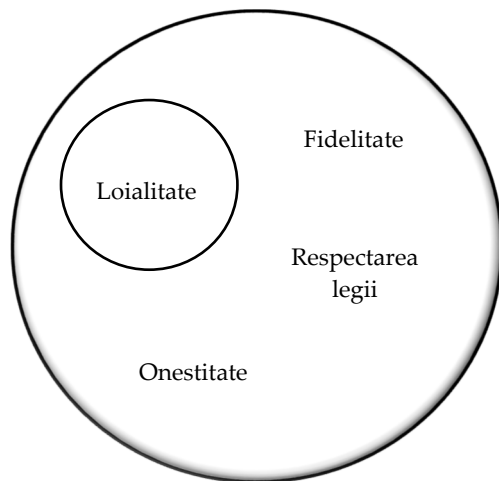


Figura 7. Relația dintre bună-credință și obligația de loialitate în dreptul societar român

¹⁷⁴ În speță, administratorul a fost obligat să achite suma de 15.000 lei reprezentând amendă pentru lipsa autorizației de mediu necesară desfășurării activității. A se vedea Trib. Arad, Decizia nr. 161/27.05.2015.

După cum am menționat, calificarea bunei-credințe ca o obligație legală este dezbătută în doctrina română, deoarece prin vastitatea ei, buna-credință ar reprezenta o obligație implicită care determină nașterea altor obligații subsidiare, inclusiv obligația de loialitate¹⁷⁵. Dispozițiile art. 1170 Cod Civil, care interzic părților să înlăture sau să limiteze buna-credință ca obligație contractuală, sunt interpretate de doctrină ca fiind o expresie a principiului general al bunei-credințe, respectiv loialitatea contractuală¹⁷⁶. Într-o altă opinie, obligația fiduciară de loialitate nu se va confunda cu obligația contractuală de loialitate, după modelul din Quebec¹⁷⁷, deoarece obligația fiduciară de loialitate „se apreciază independent de încrederea pe care [s.n. *beneficiarul*] i-o arată”¹⁷⁸. Loialitatea contractuală, o instituție care are un câmp de aplicare tot mai vast, reprezintă o expresie a fidelității părților față de intențiile avute în vedere la încheierea contractului, confundată sau suprapusă adesea bunei-credințe¹⁷⁹ și obligației de cooperare. Această obligație de loialitate datorată de cel care administrează bunurile altuia se referă în opinia citată doar la realizarea obiectivului pentru care fiduciarului i s-au conferit puterile, iar încrederea ar fi un element esențial pentru numirea administratorului. În aceste condiții ale interpretării limitate a loialității, strict în sensul îndeplinirii obiectivului pentru care administratorul bunurilor a fost numit, susținem interpretarea bunei-credințe ca pe o obligație fiduciară distinctă, care să extindă câmpul de aplicare al loialității la întreaga sa atitudine și conduită și la toate actele și faptele exercitare în numele și pe seama altuia.

7. Remarci conclusive

196. Parcurgerea evoluției doctrinare și jurisprudențiale a bunei-credințe în guvernarea corporativă a demonstrat că acest principiu a fost demult explicit sau implicit menționat în diferite prevederi legale din alte

¹⁷⁵ A se vedea Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I., *op. cit. supra* 731, p. 149.

¹⁷⁶ A se vedea Prescure, T., Schiau, I., *op. cit. supra* 380.

¹⁷⁷ Cauza *Brassard c. Brassard*, C.A., 06.05.2009, CanLII 898, QCCS, Quebec.

¹⁷⁸ Afrasinei, M.: *Noul Cod Civil comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2013 (Comentariu la art. 803 Cod Civil).

¹⁷⁹ Uță, L.: *Buna-credință în raporturile contractuale*, Revista Română de Jurisprudență nr. 1/2015, pp. 139-140.

ramuri de drept și aplicate în dreptul societar. Ca instituție de dreptul societăților, buna-credință a dobândit o valoare aparte când a fost consacrată ca și condiție de aplicare a regulii judecătii de afaceri.

Nu este o simplă întâmplare faptul că emergența bunei-credințe a avut loc tocmai într-o perioadă de criză în guvernanta corporativă, la început de mileniu, când legiuitorul din diferite state s-a văzut nevoit să intervină pentru limitarea riscurilor de fraudă și a responsabilizării titularilor obligațiilor fiduciare. Faptul că nici doctrina și nici jurisprudența de drept societar nu au reușit încă să definească funcțiile bunei-credințe, reflectă vastitatea, caracterul comprehensiv și flexibil al acestei instituții, care, prin natura sa amorfă, reușește să își adapteze înțelesul în funcție de contextul deciziilor de afaceri la un moment dat.

Prin situarea bunei-credințe în doctrinele dreptului societar și prin descrierea relației dintre aceasta și regula judecătii de afaceri, am încercat să subliniem importanța de a privi această instituție în individualitatea sa și de a permite dezvoltarea liberă a limitelor ei fără vreo intervenție normativă. Urmărind evoluția prin diferite exemple de speță, putem constata că instanțele încă oscilează între includerea loialității ca element al bunei-credințe și evită să afirme cu certitudine dacă buna-credință este un element al vreuneia dintre obligațiile fiduciare tradiționale sau dimpotrivă, prin natura și vastitatea sa, include obligațiile fiduciare tradiționale.

Complexitatea identificării unei conduite caracterizate de bună-credință este relevantă în contextul relației versatile dintre obligațiile fiduciare tradiționale. Urmărind parcursul bunei-credințe de-a lungul ultimelor patru decenii, observăm că acesta nu a contribuit cu elemente noi la dezvoltarea relației fiduciare, ci a repositionat categoriile doctrinare tradiționale prin declanșarea unor analize ale inter-relaționării elementelor fiecărei obligații fiduciare.

Urmărirea jurisprudenței și evaluarea încercărilor de a importa elementele celorlalte obligații în conținutul bunei-credințe sau invers, dovedesc faptul că prezentarea bunei-credințe ca obligație fiduciară distinctă nu prezintă o importanță funcțională, nici măcar din perspectiva angajării răspunderii administratorilor. Acțiunile întreprinse fără bună-credință, indiferent dacă se înscriu în câmpul de aplicare a obligației de loialitate sau

a obligației de diligență și prudență, reprezintă în orice situație conduite care nu pot fi exonerate *ab initio*.

Buna-credință raționalizează și explică varietatea obligațiilor specifice consacrate care nu își găsesc locul în câmpul de aplicare a diligenței și prudenței sau a loialității, precum obligația de a nu determina societatea să încalce legea sau obligația de sinceritate absolută. Apreciem că deși buna-credință reprezintă indubitabil o condiție a îndeplinirii obligației de loialitate și a obligației de diligență și prudență, jurisprudența a arătat că limitarea ei ca un simplu element component i-ar diminua puterea ca instrument pentru ghidarea conduitei titularilor obligațiilor fiduciare. A insufla buna-credință încălcărilor diligenței și prudenței ar limita contextul procedural al acestora. Dacă loialitatea este limitată la situații care implică conflicte de interese, va fi privită prin telescopul procedural al lipsei de independență.

Motivările deciziilor expuse oferă o înțelegere mai extinsă a diferențelor dintre buna-credință și obligația de diligență și prudență sau obligația de loialitate. Administratorii care acționează cu bună-credință se conformează normelor guvernanței corporative și standardelor legale, iar cei care eșuează prin decizii extravagante sunt pasibili de sancționare. În consecință, indiferența deliberată față de îndatoriri sau atitudinea subversivă în legătură cu îndeplinirea îndatoririlor va îndrepta conduita administratorilor în sfera relei-credințe. În acest context, sunt vizate cauzele în care nu se poate dovedi nici o administrare defectuoasă și nici o conduită intenționat greșită care să poată dovedi reaua-credință.

În prezent, doctrina majoritară desprinde câteva obligații subsidiare care țin de domeniul și de întinderea bunei-credințe. Un principiu consacrat sub auspiciile obligației fiduciare de bună-credință este acela potrivit căruia, administratul este obligat să nu cauzeze în mod conștient și în cunoștință de cauză o situație în care societatea să fie obligată să încalce legea, chiar dacă în urma unei gândiri raționale, efectul previzibil este maximizarea dividendelor acționarilor ca o consecință a încălcării legii. Între opțiunea extinderii câmpului de acoperire al înțelesului conflictului de interese și implicit al obligației de loialitate, pentru a cuprinde situații care nu sunt de esența loialității, și autonomia bunei-credințe, ne alăturăm opiniei care privește buna-credință ca pe o obligație fiduciară distinctă.

Înclinarea jurisdicțiilor din Europa este de a aplica noțiunea de bună-credință din dreptul comun conduitei fiduciare cu adăugarea elementelor specifice relației de mandat. Deși aceste instituții sunt consacrate în dreptul obligațiilor de sorginte franceză, aplicarea lor în guvernanta corporativă este caracterizată încă de dificultăți de încadrare a bunei-credințe în contextul regulii judecătii de afaceri. Totuși, flexibilitatea obligației de loialitate, inerentă contractului de mandat, permite nuanțarea relației fiduciare într-o manieră armonizată cu tendința globală.

Valoarea unei obligații independente de bună-credință rezidă în potențialul acesteia de a adresa devierile sfidătoare de la conduita fiduciară, care nu sunt simple urmări ale unui proces defectuos sau ale unui conflict de interese. Dacă un membru furnizează doar o parte din informațiile disponibile consiliului de administrație pentru considerarea acestora în momentul luării deciziilor, iar consiliul omite să investigheze sau să formuleze întrebări suplimentare înaintea adoptării unei decizii bazate pe aceste informații, această omisiune reprezintă o încălcare a bunei-credințe. Prin ignorarea deficiențelor informaționale sau a sistemului de raportare pe care se bazează, mandatarii contribuie la crearea unei atmosfere de permisivitate, nepăsare sau indiferență deliberată, care poate rezulta într-o administrare deficitară și în adoptarea unor decizii de afaceri proaste, sau chiar în activități la limita legalității.

CAPITOLUL V.

Standardele de evaluare

1. Considerații introductive

197. După cum am arătat în primul capitol, etalonul ideal al unei bune guvernante corporative pretinde administratorilor respectarea unor obligații dincolo de cerințele minime legale ale dreptului societăților. Importanța obligațiilor fiduciare rezidă în efectul protectiv al acestora pentru interesele societății, ale acționarilor și ale administratorilor, prin reducerea litigiilor și evitarea angajării răspunderii administratorilor. Pentru determinarea respectării obligațiilor fiduciare ori pentru aprecierea gravității încălcărilor, dreptul societar deosebește între standardele de conduită, pe care le-am expus în descrierea obligațiilor fiduciare, și standardele de evaluare. Standardele de evaluare stabilesc modalitățile în care instanțele evaluează compatibilitatea conduitei administratorilor cu standardele de conduită, sunt mult mai indulgente și implică mai puțin efort pentru a fi îndeplinite de către administratori, dar sunt mult mai oneroase pentru reclamanți comparativ cu standardele de conduită.

Cel de-al cincilea capitol al lucrării va trata modalitățile de evaluare și de analiză a corectitudinii administratorului, respectiv anumite „probe” pe care doctrina de *common law* le-a identificat în urma studierii jurisprudenței și care au conturat ceea ce se înțelege în literatura juridică contemporană prin „*test of fairness*” sau, după caz, regula judecății de afaceri. Aceste teste, probe, sau *examene*, cum sunt denumite în doctrina franceză, sunt regula judecății de afaceri (*Business judgment rule*), proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*), regula judecății depline de afaceri (*Enhanced business judgment rule*), și ultimele trei probe generate de cazuri celebre care

au creat câte un standard pentru anumite circumstanțe particulare: *Revlon*, *Blasius* și *Schnell*.

Vom demonstra că, de regulă, instanțele nu vor analiza conținutul deciziei de afaceri dacă aceasta a fost luată cu respectarea obligațiilor fiduciare și vor aplica regula judecății de afaceri, standardul comun pentru deciziile de afaceri corespunzătoare. În lipsa îndeplinirii condițiilor de aplicabilitate a acestei reguli, instanțele vor verifica îndeaproape elementele și procesele decizionale, ceea ce va declanșa aplicarea unuia dintre celelalte cinci teste. După cum vom vedea, chiar și aplicarea acestor teste poate determina evitarea evaluării conținutului deciziei de afaceri, în prezența unor condiții procedurale precum votul administratorilor independenți sau a acționarilor care nu se află în conflict de interese.

Prin analiza definițiilor doctrinare din dreptul comparat și prin prisma jurisprudenței, vom arăta că regula judecății de afaceri urmărește analizarea modului de decizie cu precădere față de conținutul deciziei de afaceri luată de administratorul a cărui răspundere se angajează. Vom deduce că celelalte cinci teste sunt, de altfel, o derivare a probei corectitudinii și a echității sau a regulii judecății de afaceri și vom analiza efectele supravegherii proceselor decizionale și consecințele existenței unor astfel de structuri de supraveghere în jurisprudență.

2. Aplicarea regulii judecății de afaceri de standard de evaluare

198. Regula judecății de afaceri reprezintă o teorie centrală a dreptului societăților, care pătrunde și afectează rolurile administratorilor, ale membrilor consiliului de administrație și ale acționarilor cu putere de control. Doctrina referitoare la această regulă este însă dintre cele mai eterogene, susținerile teoretice sau justificarea de a reglementa această regulă nu sunt unitare nici în *common law* și nici în jurisdicțiile de drept continental, iar această lacună are importante implicații teoretice și practice. Regula judecății de afaceri are implicații majore nu doar asupra angajării răspunderii administratorilor societari, ci influențează și relația dintre acționarii și administrația unei societăți.

În jurisprudența americană și britanică pot fi întâlnite două abordări ale regulii judecății de afaceri. Prima abordare privește regula ca standard al angajării răspunderii, potrivit căruia, instanțele exercită o examinare obiectivă a conținutului deciziilor consiliilor de administrație. Conform celei de-a doua interpretări, doctrina abstențiunii, instanțele refuză pur și simplu să analizeze conținutul deciziilor administratorilor în anumite cazuri particulare. Interpretarea regulii ca standard de evaluare sau ca doctrină a abstențiunii instanțelor poate influența în mod determinant angajarea răspunderii administratorilor care au acționat cu respectarea obligațiilor fiduciare. În prezenta secțiune vom oferi o prezentare a regulii judecății de afaceri ca standard de evaluare, cu mențiunea că, dezvoltarea aplicabilității acestei reguli este inclusă în capitolul destinat prezentării exhaustive a obligației de diligență și prudență.

Rolul conferit de jurisprudență regulii judecății de afaceri este în esență să împiedice angajarea răspunderii membrilor organelor de conducere ale unei societăți prin crearea unei prezumții, că administratorii au acționat în cunoștință de cauză, în mod informat, cu bună-credință și în convingerea onestă că acțiunea întreprinsă a fost în interesul societății. Prin urmare, chiar și erori clare de judecată nu vor avea ca efect angajarea răspunderii administratorului. Regula judecății de afaceri pătrunde în toate aspectele dreptului societar, de la analiza unor decizii posibil neglijente ale administratorilor, la adoptarea unor politici de afaceri pe termen lung sau încheierea de contracte cu sine însuși ori în dublă reprezentare.

Formularea acestui standard este preluată din decizia pronunțată în cauza *Aronson v. Lewis*¹, în motivarea căreia, instanța definește regula ca fiind

¹ Cauza *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, *supra* 581, pct. 812. Doctrina și jurisprudența au căutat răspunsul la întrebarea dacă regula judecății de afaceri reprezintă o prezumție procedurală, o limitare substanțială a răspunderii sau ambele. În această cauză reclamantul Harry Lewis, acționar în cadrul Meyers Parking Systems, Inc., a formulat o acțiune împotriva directorilor societății, fără a parcurge procedura prealabilă, de a le cere explicații sau de a soluționa situația în interiorul societății. A se vedea Arsh, S. S.: *The Business Judgment Rule Revisited*, Hofstra Law Review nr. 8/1979, care subliniază faptul că interpretările complet diferite ale aplicării regulii sunt guvernate de principii legale disparate. Aceeași idee este subliniată de Franklin, B. R., Hanks, J. J.: *Rejudging the Business Judgment Rule*, Business Law Review nr. 48/1993, care afirmă că regula judecății de afaceri nu ar fi o „prezumție în sensul probatoriu al cuvântului”.

„o prezumție că, în momentul luării unei decizii de afaceri, administratorii societății au acționat pe un fundament informat, cu bună-credință și în convingerea sinceră că decizia luată a fost în interesul societății”. Această prezumție operează în favoarea administratorilor, astfel încât sarcina probei pentru răsturnarea prezumției incumbă în mod tradițional reclamanților, care vor trebui să furnizeze dovezi suficiente în sensul încălcării obligației de diligență și prudență sau a obligației de loialitate.

199. Instanțele din Delaware au fundamentat regula judecății de afaceri pe diferite instituții ale guvernantei corporative². Prima explicație se întemeiază pe puterea discreționară conferită administratorilor, putere care facilitează maximizarea profiturilor societății și a valorii acționarilor și formularea unor strategii pe termen lung prin asumarea unor riscuri, fără a se teme constant de angajarea răspunderii lor personale pentru pierderile materiale suferite de societate. În al doilea rând, regula judecății de afaceri încurajează persoane calificate și cu experiență să ocupe funcții de administrare, deoarece diminuează riscul angajării răspunderii lor personale. Al treilea raționament vizează faptul că instanțele nu au în general abilitățile și cunoștințele, nici experiența administratorilor, pentru a suplini judecata lor de afaceri³. Considerăm că menținerea acestei viziuni în jurisprudența contemporană este susținută de eficiența regulii, dovedită de practică. Administratorii sunt numiți de acționari în baza competențelor și a cunoștințelor lor, ceea ce îi recomandă pentru luarea unor decizii de afaceri chibzuite și cu calcularea avantajelor și a riscurilor. Rolul regulii judecății de afaceri este, printre altele, să asigure că administratorii sunt cei care administrează și gestionează societatea, iar nu acționarii, iar intruziunea permanentă în activitatea decizională a consiliului de administrație ar perturba funcționarea aparatului administrativ.

Jurisprudența a subliniat adesea că regula judecății de afaceri servește protecției și promovării rolului consiliului de administrație ca organ

² Siegel, M.: *The Illusion of enhanced Review of the Board actions*, University of Pennsylvania Journal of Business Law vol. 15, nr. 3/2013, p. 604.

³ În cauza *Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 907, A.2d. 693,746, 2005, Delaware Chancery Court a apreciat că „instanțele nu au instrumentele necesare pentru a se angaja în evaluări *ex-post* de conținut a deciziilor de afaceri”, iar regula judecății de afaceri împiedică analiza conținutului deciziei.

de administrare și operează ca o cauză care împiedică instanțele să se substituie judecății administratorilor și să se amestece în mod nerezonabil în afacerile unei societăți, în cazurile în care administratorii nu și-au depășit puterile și nu au abuzat de autoritatea conferită. Așadar, reclamanții vor fi obligați să prezinte suficiente probe care să ridice îndoieli cu privire la diligența ori loialitatea administratorilor pentru a împiedica aplicabilitatea regulii. Unul dintre efectele regulii este restrângerea obiectului cauzei care privește angajarea răspunderii administratorilor la deciziile incompatibile cu obligațiile fiduciare datorate.

În practica recentă s-au întâlnit puține excepții în care regula judecății de afaceri a permis acționarilor reclamanți și instanțelor să analizeze conținutul și raționamentele deciziei de afaceri. Instanțele vor căuta în general o cauză rațională a deciziei deduse judecății și, în caz de dubiu al aplicării regulii, se va analiza dacă administratorul a fost rațional, „lipsa caracterului rațional fiind limita exterioară a regulii judecății de afaceri”⁴, deoarece poate indica lipsa bunei-credințe, una dintre condițiile fundamentale ale regulii.

200. La data de 8 iunie 2006, Curtea Supremă din Delaware s-a pronunțat într-o cauză, după aproape 10 ani de litigiu, demarată printr-o acțiune în răspundere introdusă în numele societății împotriva administratorilor *The Walt Disney Company*. În anul 1995, societatea Disney l-a numit pe Michael Ovitz președinte al consiliului de administrație al societății, încheind un contract de administrare care îi garanta o compensație considerabilă în cazul rezilierii contractului în lipsa vreunei culpe a acestuia. La momentul angajării, Ovitz era foarte cunoscut, fiind președintele unei agenții de recrutare a talentelor pentru producțiile Hollywood și un prieten vechi al lui Michael Eisner, directorul general al Disney, care milita pentru angajarea acestuia. După 14 luni, Eisner a revocat mandatul acordat lui Ovitz, în principal pentru imposibilitatea acestuia de a se integra în cultura corporativă a Disney, iar conform prevederilor de reziliere contractuală în

⁴ Cauza *Brehm v. Eisner*, *supra* 582. A se vedea și cauza *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d, 695, Curtea Supremă din Delaware, 2009, cauza *Sinclair Oil Corporation v. Levien*, 280 A.2d 717, Curtea Supremă din Delaware, 1971, cauza *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* 906 A.2d.27, Curtea Supremă din Delaware, 2006.

lipsa culpei, acesta a fost îndreptățit la o compensare de 38 de milioane USD și opțiunea de a cumpăra trei milioane de acțiuni ale societății Disney la un preț preferențial.

Obiectul litigiului a fost încălcarea obligațiilor fiduciare de către consiliul de administrație Disney, care a aprobat termenii de angajare a lui Ovitz și clauza de compensare în condiții defavorabile pentru societate. Reclamanții au susținut că administratorii și-au neglijat în mod intenționat responsabilitățile, fiind influențați de dorința puternică a directorului general de a-și numi prietenul președinte, lipsa unei judecăți de afaceri independentă, lipsa unei analize a efectelor numirii lui Ovitz și a termenilor contractuali aprobați. Instanța a reținut faptul că administratorii Disney nu au încălcat obligațiile fiduciare de diligență și prudență, de loialitate și bunăcredință în legătură cu aprobarea angajării lui Ovitz și pentru rezilierea contractului acestuia care a costat aproximativ 140 mil. USD, deși conduita lor nu poate fi definită ca o îndeplinire a „bunelor practici ale guvernantei corporative ideale”. Eisner a fost criticat pentru numirea unei persoane apropiate în consiliul de administrație, în speranța că aceasta îi va aproba proiectele în mod necondiționat, fiind lipsit de independența caracteristică unui veritabil administrator societar.

În ciuda deficiențelor, instanța a apreciat că administratorii nu au acționat cu rea-credință, ci au dovedit doar o neglijență obișnuită, astfel încât nu pot pierde protecția regulii judecății de afaceri. Potrivit concepției originare a regulii, aceasta creează prezumția că, în momentul luării unei decizii de afaceri, administratorii au acționat în mod informat și în convingerea rezonabilă că acțiunea întreprinsă a fost în interesul superior al societății și al acționarilor. Instanța a arătat că această protecție dispare doar atunci când conduita administratorului se dovedește a fi de o neglijență gravă, precum în cazul deciziilor de afaceri lipsite de logică sau de consiliere, prin omiterea luării măsurilor minime de a se informa, rea-credință, prin ignorarea intenționată a obligațiilor, decizii în conflict de interese sau fraudare a societății ori în lipsa unui scop comercial rațional⁵. Doar în aceste cazuri sarcina probei se răstoarnă potrivit jurisprudenței de *common law*, iar

⁵ Pastuszewski, B.: *Practical Steps for Directors to consider after Disney*, Washington & Lee Law School, Current Law Journal – Practical Lawyer vol. 43/2006, p. 44.

administratorul va trebui să dovedească faptul că decizia este corectă și echitabilă pentru societate și pentru acționari. În cauza Disney, instanța a apreciat că administratorii au luat măsurile minime impuse pentru a se informa în prealabil despre persoana lui Ovitz și despre condițiile numirii, astfel încât au apreciat cu bună-credință că decizia este în interesul societății.

Este important de menționat că instanța a analizat conduita fiecărui membru al consiliului de administrație în parte, constatând că o comisie de remunerare a evaluat pachetul de recompensare, altă comisie a lucrat cu Eisner pentru negocierea și formularea termenilor contractului de administrare, iar structura compensațiilor a fost evaluată de consultanți externi, care deși nu au formulat opinii de calitate, au abordat problematicile importante. În plus, instanța a evaluat și factorii subiectivi avuți în vedere de administratori, precum renumele lui Ovitz în branșa respectivă, notoriu pentru cunoștințele și experiența sa, care puteau aduce plus valoare societății. Instanța a reținut că, înainte de a recomanda numirea noului președinte, membrii consiliului de administrație s-au informat despre persoana acestuia, despre planul său de acțiune, despre clauzele contractului de administrare, astfel încât nu au acționat prin ignorarea obligațiilor lor, ci au acționat cu bună-credință, în convingerea că decizia luată promovează interesele societății.

Instanța a apreciat că, deși bunele practici corporative presupun respectarea obligațiilor fiduciare, „nu se va angaja răspunderea administratorilor dacă nu respectă idealul aspirațional al celor mai bune practici”, ci conduita loială și onestă față de acționari va beneficia de un spectru larg de interpretare. Deși apreciem că în realitățile economice ale piețelor de afaceri din anul 2019, instanțele nu vor mai aplica regula judecătii de afaceri într-o manieră la fel de flexibilă, îmbrățișăm încurajarea societății moderne de a-și asuma riscuri calculate, de a inova și de a crea bună-stare pentru membrii săi și împiedicarea instanțelor de se transpune în rolul administratorilor și în contextele reconstruite pentru a evalua deciziile luate.

201. Din motivarea cauzei Disney se pot extrage câteva „lecții de administrare”, care cresc șansele administratorilor de aplicare *ex post* a regulii judecătii de afaceri, precum păstrarea unei „arhive a exercitării

diligenței adecvate”⁶, mai ales în cazul deciziilor care pot avea consecințe financiare pentru societate și pentru acționari. Instanța a analizat dacă administratorii reușesc să prezinte materialele în baza cărora s-au informat, procesele-verbale ale ședințelor consiliului de administrație și alte materiale în formă scrisă.

În special în cazurile în care decizia de afaceri are importante implicații financiare, această soluție este un *memento* pentru administratori, de a depune eforturi cu bună-credință pentru a se informa despre toate aspectele materiale disponibile în mod rezonabil, pentru a evita substituirea judecății lor de afaceri în instanță. Deși consiliul de administrație reprezintă un organ colegial care ia decizii în mod consensual, fiecare administrator trebuie să se asigure că propria sa conduită reflectă diligența și prudența așteptată pentru îndeplinirea obligațiilor. În trecut, instanțele au apreciat răspunderea consiliilor de administrație ca fiind colectivă, fără a se concentra pe conduita individuală a fiecărui administrator, însă în cazul Disney, instanța a respins această abordare.

Instanța a subliniat că faptele administratorilor nu trebuie să se înscrie mereu în „cele mai bune practici de guvernare corporativă”, ci „bunul simț și judecata rațională sunt regulile principale ale activității unui consiliu de administrație”. Această opinie nu reprezintă *une carte blanche* pentru administratorii societari, ci este o scrisoare de rapel pentru depunerea eforturilor cu bună-credință de a se informa în mod minuțios și corespunzător⁷.

Caracterul unic al regulii judecății de afaceri ca standard de evaluare este revelat de valoarea dublă a acesteia, ca prezumție în favoarea administratorilor și ca regulă de protecție a conținutului deciziei, atâta vreme cât reclamanții nu reușesc să răstoarne prezumția îndeplinirii obligațiilor fiduciare de către administratori. În cazul în care reclamanții reușesc să facă dovada *prima facie* a încălcării obligațiilor fiduciare de către administrator, că acesta este lipsit de independență, se află în conflict de interese, sau dacă există suspiciuni rezonabile cu privire la încălcarea

⁶ *Idem*, p. 60.

⁷ Cauza *Paramount Communications v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140, Curtea Supremă din Delaware, 1990.

autorității, este exclusă aplicarea regulii judecății de afaceri, iar instanțele vor recurge la una dintre celelalte probe: *regula judecății depline de afaceri*, *proba corectitudinii și a echității* sau una din probele generate de cele trei cazuri celebre care au creat câte un standard pentru anumite situații particulare: *Revlon*, *Blasius* și *Schnell*.

3. Regula judecății depline de afaceri (*Enhanced Business Judgment Rule*)

202. Având în vedere inaplicabilitatea regulii judecății de afaceri în situațiile de conflict de interese, jurisprudența a căutat o altă modalitate de evaluare a conduitei titularilor obligațiilor fiduciare în situațiile în care aceștia erau acuzați de încălcarea obligației de loialitate. Inițial, instanțele aplicau modelul tradițional de evaluare a situațiilor de conflict de interese, respectiv proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*). Această probă presupune o analiză exhaustivă a corectitudinii și a echității în cazul adoptării unei tactici defensive, indiferent de modalitatea de derulare a procesului decizional anterior fuziunii sau a vânzării. Dificultatea evaluării judiciare a deciziilor de afaceri luate de administratorii societății ale cărei acțiuni sunt oferite spre vânzare și de către administratorii societății cumpărătoare a fost privit din perspectiva relevanței acestei evaluări pentru cauza dedusă judecății. În evoluția jurisprudenței, s-a creat un nou standard, care nu mai impunea administratorilor dovedirea corectitudinii în operațiunile ofensive, ci exclusiv îndeplinirea obligațiilor fiduciare.

În anul 1985, cu ocazia litigiului dintre *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*⁸, Curtea Supremă din Delaware a creat regula judecății depline de afaceri, menită să evalueze deciziile administratorilor care abordau tactici defensive în situația unei preluări ostile a societății. Testul *Unocal* este format din două elemente. În primul rând administratorii vor trebui să dovedească bună-credință și o cercetare rezonabilă pentru identificarea pericolului iminent pentru societate, respectiv diligență și prudență, iar al doilea element se referă la formularea unui răspuns proporțional la pericolul identificat, de asemenea prin îndeplinirea diligenței și prudenței.

⁸ Cauza *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, Curtea Supremă din Delaware, 1985.

Acest standard de evaluare intermediar se aplică în situațiile aflate la limita aplicabilității regulii judecății de afaceri, când administratorii tind să acționeze cu precădere în avansarea propriilor interese, și nu în promovarea intereselor societății sau ale acționarilor, atunci când îndeplinirea obligației de loialitate devine primordială pentru deciziile de afaceri, iar judecata lor se va evalua mai amănunțit.

Spre deosebire de regula judecății de afaceri, care plasează inițial sarcina probei în sfera reclamanților, acest standard obligă consiliul de administrație vizat să dovedească că, în primul rând a acționat cu bună-credință și în urma unei investigații rezonabile, și apoi că a avut motive temeinice de a considera că fuziunea ar fi reprezentat un pericol pentru politica societății. Această probă, numită după litigiul care i-a dat ființă *testul Unocal*, are ca scop împiedicarea protejării judecății de afaceri a administratorilor și îi obligă pe aceștia să demonstreze parcurgerea unui proces decizional adecvat pentru alegerea tacticii defensive.

Astfel, pentru soluționarea cauzelor în care nu erau îndeplinite condițiile de aplicare ale regulii judecății de afaceri, instanțele au creat o variațiune mai strictă sau intruzivă a acestei reguli, care elimină prezumția de corectitudine și de echitate a deciziei de afaceri și alocă administratorilor sarcina probei. Această regulă impune administratorilor a căror decizie de afaceri este pusă la îndoială, să demonstreze că și-au îndeplinit obligațiile fiduciare în primul rând referitor la identificarea riscurilor și în al doilea rând în reacțiile manifestate față de factorii care amenințau integritatea societății⁹. Motivarea practicii din *common law* care a susținut aplicarea acestui standard permite, dar nu impune, examinarea judiciară atât a procesului decizional, cât și a conținutului deciziei de afaceri în aplicarea acestui standard.

Jurisprudența de aplicare a acestui standard demonstrează o tendință limitată a instanțelor de a evalua în detaliu deciziile de afaceri, iar atenuarea sarcinii probei judecății de afaceri se observă în special în cazurile în care majoritatea membrilor consiliului de administrație care au votat decizia sunt administratori independenți. În cauza *Unocal*, instanța a reținut că motivele temeinice avute în vedere de administratori pentru a considera că politicile și eficiența societății sunt puse în pericol de un acționar, pot fi

⁹ A se vedea Siegel, M., *art. precitat supra* 744, p. 617.

susținute prin bună-credință și investigații corespunzătoare sau prin aprobarea deciziei de către o majoritate de administratori independenți, ceea ce este în măsură să răstoarne sarcina probei¹⁰.

203. Importanța celor doi factori complementari pentru acest standard, aprobarea deciziei de afaceri de către administratorii independenți și dovedirea bunei-credințe prin investigațiile prealabile luării deciziei, a fost subliniată și în jurisprudența recentă¹¹. Votul administratorilor independenți elimină prezumția în defavoarea directorilor executivi, anume că aceștia urmăresc să își mențină puterea de control și instituie o prezumție a unei decizii transparente, caracterizată de bună-credință și informare prealabilă. În afara acestor situații, există și alte contexte de aplicare a regulii judecății depline de afaceri, în care observăm că acest standard nu implică în mod automat o evaluare judiciară a deciziei de afaceri, însă răstoarnă sarcina probei în defavoarea consiliului de administrație.

Observăm că angajarea răspunderii administratorilor este mai probabilă în cazul aplicării standardului *Unocal* față de aplicarea regulii judecății de afaceri¹², nu doar fiindcă primul standard vizează situațiile de conflict de interese, dar și ca efect al răsturnării sarcinii probei în defavoarea părților. În cazul suspiciunii unui conflict de interese, votul administratorilor independenți este definitoriu și înlătură de cele mai multe ori angajarea răspunderii administratorilor sub standardul *Unocal*¹³.

O cauză în care standardul *Unocal* a fost aplicat puțin diferit a rămas celebră în jurisprudența de *common law*, deoarece instanța a refuzat să ia în considerare criteriile subsecvente de aplicare a regulii judecății depline de afaceri. În cauza *Omnicare Inc. v. NCS Healthcare Inc.*¹⁴, societatea NCS era în vecinătatea insolvenței și în căutarea de strategii alternative pentru redresare, iar două societăți concurente și-au exprimat intenția de a o

¹⁰ Cauza *Unocal*, *supra* 750, pct. 493.

¹¹ Cauza *Selectiva Inc. v. Versata Enters Inc.*, C.A. 4241-VCN, Delaware Chancery Court, 2010, pct. 43-44.

¹² Până în anul 2013, jurisprudența din Delaware a întâlnit 47 de cazuri de aplicare a modelului *Unocal*.

¹³ A se vedea Siegel, M., *art. precitat supra* 744, p. 619.

¹⁴ Cauza *Omnicare Inc. v. NCS Healthcare Inc.*, 818 A.2d 914, Curtea Supremă din Delaware, 2003.

achiziționa, respectiv Omnicare Inc. și Genesis Health Ventures. Ambii potențiali cumpărători au impus condiții nefavorabile în negociere, Omnicare refuzând să încheie orice act până când NCS nu și-a asumat o decizie finală de vânzare și condiționând negocierile de o cercetare exhaustivă de *due diligence*. Genesis Health a condiționat continuarea negocierilor de o clauză de exclusivitate de negociere în vederea încheierii unei posibile operațiuni. În urma deliberării, consiliul de administrație al NCS a evaluat caracterul incert al ofertei Omnicare și posibilele pierderi pe care le-ar putea suferi societatea prin negocierea exclusivă cu Genesis. Consiliul de administrație NCS a aprobat astfel operațiunea cu Genesis, recomandând acționarilor NCS o fuziune cu aceasta, prin care se asigura menținerea în funcție a membrilor consiliului de administrație NCS. Majoritatea acționarilor, care erau și membri ai consiliului de administrație NCS, au aprobat planul de achiziție, iar la scurt timp după aceea, Omnicare a făcut o ofertă de fuziune mult mai favorabilă, ceea ce a determinat consiliul de administrație NCS să revină asupra recomandării anterioare făcută acționarilor. Această retragere a recomandării inițiale s-a dovedit a fi doar una formală, deoarece acordul exprimat în înțelegerea cu Genesis nu mai putea fi retractat.

Omnicare și acționarii minoritari ai NCS au depus eforturi pentru împiedicarea achiziției, susținând că mecanismele juridice utilizate în contractul dintre NCS și Genesis ar fi fost formulate cu încălcarea obligațiilor fiduciare ale administratorilor NCS, prin împiedicarea acestora de a renunța la antecontract în cazul în care ar fi apărut în viitor o ofertă mai bună. Prima instanță a apreciat că o cauză care privește o fuziune trebuie supusă aplicării regulii judecătii de afaceri în lipsa vreunei suspiciuni de conflict de interese. Având în vedere clauza de exclusivitate acordată de consiliul de administrație NCS societății Genesis, instanța a apreciat că, în ciuda lipsei unui conflict de interese și a faptului că administratorii nu se află în situația tipică *Unocal* de a apăra societatea de o preluare ostilă, va opta pentru aplicarea standardului *Unocal*. Instanța a verificat cele două elemente ale regulii judecătii depline de afaceri. În primul rând, buna-credință a fost dovedită prin deliberare și evaluarea detaliată și cu diligență și prudență a ofertelor celor doi potențiali cumpărători, prin efectuarea unei cercetări

rezonabile pentru identificarea pericolului iminent pentru societate. În ceea ce privește al doilea element al regulii judecății depline de afaceri, formularea unui răspuns proporțional la pericolul identificat, de asemenea prin îndeplinirea diligenței și prudenței, instanța a apreciat că termenii contractului de preluare ostilă erau formulați într-o manieră care împiedica orice fel de renunțare la fuziune și de rezoluțiune a contractului. Instanța a reținut că, deși societatea se afla în vecinătatea insolvenței, consiliul de administrație nu avea autoritatea încheierii unui contract de fuziune care să nu îi permită ulterior executarea corespunzătoare a obligațiilor fiduciare. În urma constatării independenței și a informării corespunzătoare a administratorilor NCS, instanța a constatat că decizia de afaceri nu este echitabilă pentru acționari.

Prin recomandarea oferită acționarilor, administratorii au avut o conduită care a restrâns opțiunile ulterioare ale societății, deși majoritatea acționarilor erau membri ai consiliului de administrație și, astfel, profund implicați în negocierea contractului. Soluția în cauza *Omnicare* este adesea criticată în doctrină, deoarece instanța ar fi putut aplica regula judecății de afaceri, fiind vorba despre o situație în care judecata a fost a acționarilor societății¹⁵. Spre deosebire de alte situații, în care instanțele au anulat hotărârile acționarilor datorită unei informări incomplete sau eronate a acestora de către consiliul de administrație¹⁶, în cazul de față, acționarii cu putere de control nu au fost într-o situație de acest gen, iar conflictul de interese a fost eliminat. Nu îmbrățișăm această opinie doctrinară, deoarece protecția acționarilor minoritari nu putea fi asigurată prin aplicarea *business judgment rule*, în vreme ce evaluarea în două etape asigurată de modelul *Unocal* a permis analizarea în detaliu a diligenței consiliului de administrație care a negociat contractul de fuziune și a introdus o clauză de tip *fiduciary-out*¹⁷. O altă interpretare a deciziei consiliului, format din majoritatea

¹⁵ A se vedea Siegel, M., *art. precitat supra* 744, p. 656 și critica *Omnicare* în cauza *Monty v. Leis*, 123, 3d, 641, Curtea Supremă din California, 2011 și în cauza *Toys "R" Us*, 877, A.2d, Delaware Chancery Court, 2005, pct. 1016.

¹⁶ De exemplu cauza *Weinberger v. UOP Inc.*, 457 A.2d, 701, Curtea Supremă din Delaware, 1983 și cauza *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, Curtea Supremă din Delaware, 1985.

¹⁷ În principiu, majoritatea contractelor de achiziționare a unei societăți listată pe o piață publică include o clauză numită „no-shop” prin care consiliul de administrație al societății

acționarilor cu putere de control, ar putea indica faptul că, acționarii minoritari nu ar fi avut puterea reală de a vota o cale diferită, deoarece nu ar fi putut schimba nici în alt context decizia majorității. Totuși, prin exercitarea obligațiilor fiduciare, membrii consiliului de administrație au obligația protejării tuturor acționarilor și nu doar a celor ale căror interese le îmbrățișează, astfel încât apreciem că această suspiciune de conflict de interese este determinantă pentru aplicarea regulii judecății depline de afaceri.

Deși, în principiu, evitarea intruziunii instanței în judecata de afaceri a administratorilor ar trebui să reprezinte regula, cauza *Omnicare* demonstrează că regula judecății de afaceri nu reprezintă un mecanism eficient în toate matricele complexe ale guvernantei corporative moderne, spre exemplu în situația în care majoritatea membrilor consiliului de administrație sunt acționari cu putere de control.

4. Standardul „Revlon”

204. Instanțele din Delaware au ales să aplice o variație a modelului regulii judecății depline de afaceri (*Enhanced business judgment rule*) și în situațiile în care o societate se află în „modul Revlon”, o etichetă pe care instanțele au creat-o în urma litigiului *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc.*¹⁸. În acest scenariu, obligațiile consiliului de administrație se

care urmează să fie achiziționată se obligă să nu mai accepte alte oferte concurente sau să negocieze cu alți potențiali cumpărători. În vederea asigurării respectării obligațiilor fiduciare de către consiliul de administrație, practica a dezvoltat clauza „*fiduciary out*”, care reprezintă de altfel o excepție a clauzei „*no-shop*”, permițând consiliului de administrație al societății-țintă să ia anumite măsuri, inclusiv rezoluțiunea operațiunii acoperită de clauza „*no-shop*” dacă perfectarea acesteia ar determina încălcarea obligațiilor lor fiduciare în raport cu societatea administrată. Clauza „*fiduciary out*” permite administratorilor să evalueze și, după caz, să accepte o ofertă concurentă nesolicitată dacă apreciază că aceasta reprezintă o propunere mai favorabilă pentru societate. Aplicabilitatea acestei clauze este limitată la elementele negocierilor purtate cu societatea cumpărătoare în ceea ce privește condițiile clauzei „*no-shop*” și a negocierii înțelesului termenului de „ofertă superioară” și este de obicei întâlnită în cazurile în care consiliul de administrație este obligat să îndeplinească obligațiile de tip *Revlon*. Pentru o explicație exhaustivă a efectelor clauzei „*fiduciary out*”, a se vedea Velasco, J.: *Fiduciary Duties and Fiduciary Outs*, Notre Dame Law School Journal Articles and Publications nr. 4/2013.

¹⁸ Cauza *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc.*, 506 A.2d 173, Curtea Supremă din Delaware, 1986.

îndepărtează de obligația de a menține derularea adecvată a afacerilor societății, la obligația tradițională din *common law*, de a maximiza valoarea societății în beneficiul acționarilor, privită ca un activ de vânzare. Astfel, în condițiile îndeplinirii exclusiv a obligației de a maximiza valoarea societății în interesul acționarilor, administratorii pot adesea omite respectarea altor obligații și pierde din vedere interesele altor părți interesate.

În această cauză, Curtea Supremă din Delaware a anulat decizia consiliului de administrație Revlon prin care s-a oferit unui investitor¹⁹ posibilitatea de a achiziționa societatea, incluzând o clauză de exclusivitate de negociere cu acesta, daune pentru renunțarea la ofertă și interzicerea vânzării acțiunilor către alți investitori, pentru că aceste acorduri mai degrabă împiedicau decât promovau concurența în licitațiile pentru achiziționarea societății. Instanța a avertizat administratorii că, deși înțelegerile de acest gen nu sunt contrare legii, acestea nu sunt încurajate pentru că denaturează concurența naturală și lipsesc societatea de alte posibilități²⁰.

Totodată, instanțele întâmpină dificultăți în identificarea obligațiilor de tip *Revlon*, deoarece în esența lor, aceste obligații sunt simple expresii ale obligațiilor fiduciare fundamentale. Astfel, instanțele trebuie să adopte un standard intermediar de evaluare „care să recunoască puterea consiliului de administrație de a lua decizii în procesul de negociere și să recomande vânzarea controlului, atâta timp cât acționează în mod informat, motivat de dorința de bună-credință de a încheia cea mai bună afacere disponibilă și utilizează proceduri rezonabile”²¹.

¹⁹ Denumirea de „*white knight*” este dată unui investitor prietenos, care achiziționează societatea la un preț corect, având susținerea consiliului de administrație și a managementului. Această situație se poate întâlni concomitent cu o ofertă ostilă din partea unui alt cumpărător (*black knight*). *White knights* sunt preferați de către consiliul de administrație (când administratorii acționează cu bună-credință față de societate și acționari) deoarece, în majoritatea cazurilor, acest investitor nu înlocuiește consiliul de administrație, în vreme ce un *black knight* va căuta să înlocuiască administratorii cu unii noi, care să reflecte interesele sale în societate.

²⁰ În cauza *Paramont Communications Inc. v. QVV Network*, Curtea Supremă din Delaware, 1994, instanța a reținut că hotărârile consiliului de administrație privind interdicția de vânzare a acțiunilor ar interfera cu abilitatea administratorilor de a negocia cu alt ofertant cunoscut, dacă societatea se află în modul „*Revlon*”.

²¹ Cauza *Equity linked investors, P.P. v. Adams*, 705, A 2d 1040, Delaware Chancery Court, 1997.

În general, instanțele vor evalua îndeplinirea obligațiilor de tip *Revlon* în baza regulii judecătii depline de afaceri, iar sarcina dovedirii respectării obligațiilor fiduciare incumbă administratorilor. Instanțele vor verifica dacă eforturile consiliului de a obține maximizarea valorii de piață a societății au avut succes, deoarece în aceste situații, nu există un model de conduită²². Scopul cauzelor de tip *Revlon* nu este aplicarea regulii judecătii de afaceri. Instanțele vor evalua eforturile consiliului de administrație de a obține maximizarea valorii de vânzare a societății în beneficiul acționarilor și, similar cu standardul *Unocal*, nu se va evalua conținutul deciziei de afaceri votată de un consiliu format majoritar din administratori independenți. Deși atât standardul *Revlon*, cât și *Unocal* sunt aplicate în temeiul regulii judecătii depline de afaceri, acordând o considerație deosebită membrilor independenți ai consiliilor de administrație, câmpul de aplicare al celor două probe diferă considerabil.

205. Standardul *Unocal* este conceput pentru a evalua dacă în avansarea eforturilor de a proteja independența societății, consiliul de administrație a identificat o amenințare la această independență și a adoptat tactici defensive, dar rezonabile. *Revlon*, pe de altă parte, creează o obligație specifică în sarcina administratorilor, respectiv avansarea eforturilor de maximizare a averii acționarilor. Deși mandatul acționarilor este specific și limitat în cauzele de tip *Revlon*, actele și faptele pe care aceștia le pot îndeplini se înscriu într-un spectru foarte vast. Pentru a clarifica obligațiile administratorilor în aceste situații, instanțele au încercat să le situeze în contextul larg al obligațiilor fiduciare, reținând că eforturile de maximizare a averii acționarilor și o strategie de acțiune justificată, vor conduce la o evaluare limitată a conținutului și a substanței deciziei de afaceri, iar instanța se va încrede în expertiza administratorilor, care au exercitat o judecată de

²² În cauza *Barkan v. Amsted Industries Inc.*, 567 A 2d 1279, 1989, și în cauza *Lyondell Chem Co. v. Ryan*, 970, A 2d 235, 2009, Curtea Supremă din Delaware a apreciat că „nicio instanță nu poate impune administratorilor o formulă de maximizare a prețului de vânzare, deoarece fiecare societate reprezintă o combinație unică de circumstanțe”. A se vedea și cauza *Mills Acquisition Co. v. MacMillan Inc.*, 559 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1989.

afaceri sinceră și informată²³. În cazul aplicării regulii judecății depline de afaceri, instanțele vor căuta o decizie de afaceri rezonabilă, nu una perfectă, iar instanța nu ar trebui să compare caracterul oportun al opțiunilor alese.

O altă diferență între *Unocal* și *Revlon* este faptul că, în cazul *Revlon*, piața are un rol important în aprecierea respectării obligațiilor de către administrator, deoarece „forțele pieței trebuie să opereze în mod liber pentru a oferi acționarilor societății-țintă cel mai bun preț pentru acțiunile lor”²⁴. Administratorii au obligația obținerii unor prețuri comparative, iar atunci când „consiliul de administrație ia în considerare o singură ofertă și nu există temeiuri convingătoare pentru aprecierea caracterului adecvat al acesteia [...] circumstanțele în care o atitudine pasivă este acceptabilă, sunt foarte limitate”²⁵. Obținerea unor informații despre prețul pieței ori recurgerea la consultanță externă vor dovedi caracterul adecvat al prețului obținut, deoarece efortul de a dedica timp și resurse în efectuarea unei analize de piață dovedesc în mod indubitabil bună-credință și diligență și prudență.

Cel mai important aspect evaluat în cazurile *Revlon* este informarea corespunzătoare a acționarilor, fiind uneori necesare explicații suplimentare cu privire la raționamentele avute în vedere de administratori pentru anumite decizii de afaceri²⁶. În aceeași măsură, riscul angajării răspunderii scade dacă votul a fost exprimat de majoritatea administratorilor independenți, însă acest vot nu va suplini efectuarea unei cercetări de piață cu privire la prețul cel mai bun²⁷. Constatăm că jurisprudența tinde spre o protecție a deciziilor votate de administratorii independenți, dar numai în situațiile în care independența lor față de executiv este certă²⁸.

²³ Cauza *In re Lear Corp. Shareholder Litigation*, 926 A.2d 94, Delaware Chancery Court, 1997 și cauza *In re J.P. Stevens & Co. Shareholders Litigation*, 542 A.2d, Delaware Chancery Court, 1988, pct. 783.

²⁴ Cauza *Revlon*, *supra* 760, pct. 184.

²⁵ Cauza *Barkan*, *supra* 764.

²⁶ În cauza *In re Netsmart Techs Inc. Sh. Litig.*, 924 A.2d, 171, Delaware Chancery Court, 2007, instanța a admis argumentul reclamanților, potrivit căruia administratorii aveau obligația prezentării concluziilor consultanților financiari cu privire la fluxurile de trezorerie și a previziunilor care au condus la concluzia echității fuziunii.

²⁷ Cauza *In re Desoto*, WL 80223, Delaware Chancery Court, 1990.

²⁸ A se vedea Siegel, M., *art. precitat supra* 744, p. 634.

5. Proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*)²⁹

206. Aplicabilitatea regulii judecății de afaceri este condiționată de lipsa conflictelor de interese ale administratorilor. Pentru cazurile în care există un conflict de interese, jurisprudența a dezvoltat proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*). Această probă a fost standardizată în cauza *Weinberger v. UOP Inc.*³⁰, în care acționarul majoritar controla ambele părți care participau într-o fuziune. Instanța a apreciat că, având în vedere faptul că o persoană controla ambele societăți care urmau să fuzioneze, societatea este obligată să dovedească echitatea și corectitudinea deplină a operațiunii, respectiv elementele care pot determina dacă membrii consiliului de administrație s-au angajat la un acord corect, la un preț corespunzător, cu mențiunea că toate aceste aspecte trebuie examinate „ca formând un întreg, deoarece chestiunea este una de corectitudine și echitate deplină”. Acest caz reprezintă un precedent pentru obligația părților de a dovedi corectitudinea și echitatea operațiunii și alte elemente de fapt considerate de instanță necesare pentru justificarea afacerii, precum plasarea în timp, inițierea, negocierea operațiunii și informarea consiliului de administrație, structurarea planului de afaceri, modalitatea obținerii aprobării din partea consiliului de administrație și a acționarilor și stabilirea unui preț corect în raport cu considerațiile financiare.

Cauza *Weinberger* a instituit în jurisprudența de *common law* un trend al realizării unei investigații amănunțite și în profunzime în cazurile aplicării probei corectitudinii și a echității, iar rigurozitatea acestui standard este revelată tocmai de sarcina dificilă a părților de a demonstra corectitudinea și echitatea deplină. Având în vedere complexitatea probei, aceasta este considerată cel mai oneros standard al evaluării judiciare, iar anumite instanțe consideră că însăși decizia de a aplica această probă este determinantă pentru rezultat³¹.

²⁹ Noțiunea de „*fairness*” apare în cuprinsul acestui volum sub traducerea de „corectitudine și echitate”, datorită caracterului său complex și a lipsei unui corespondent perfect în limba română.

³⁰ Cauza *Weinberger*, *supra* 758.

³¹ În cauza *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp*, 28 A3d, 459, Delaware Chancery Court, 2011, această probă a fost numită ca fiind cel mai oneros standard al instanțelor din Delaware, iar în cauza *Unitrin Inc. v. Am. General Corporation*, 651, A 2d, 1361, 1371, Curtea Supremă

Importanța participării administratorilor independenți la votul privind decizia de afaceri a fost evidențiată în cauzele de aplicare a standardelor *Unocal* și *Revlon*. În situațiile acoperite de primul standard, independența membrilor consiliului de administrație a diminuat conflictul de interese, iar în câmpul de aplicare *Revlon*, a fost arătat că instanțele vor considera doi factori suplimentari, prețul pieței și votul acționarilor minoritari, care vor sprijini instanțele să determine dacă administratorii au căutat obținerea celui mai bun preț de vânzare al acțiunilor. În cazul probei corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*), acești factori nu prezintă relevanță, deoarece fiind cel mai oneros și mai strict standard de evaluare al conduitei administratorilor, instanțele vor analiza în detaliu procesul decizional și vor evalua elementele deciziei de afaceri.

În cazurile de aplicare a *Entire fairness test*, regula judecătii de afaceri nu mai produce efectul său principal, instituirea prezumției de diligență și prudență, iar sarcina probei aparține administratorilor pârâți, care vor trebui să demonstreze că operațiunea a fost rezultatul unei negocieri echitabile și prețul a fost corect. „Nici măcar convingerea onestă că operațiunea a fost într-un tot corectă nu este suficientă pentru a stabili deplina corectitudine și echitate, ci operațiunea trebuie să fie corectă din punct de vedere obiectiv, indiferent de convingerile consiliului de administrație”³². Ca regulă, proba corectitudinii și a echității impune întotdeauna o evaluare judiciară de substanță, având în vedere suspiciunile de conflict de interese.

207. Totuși, jurisprudența a creat modalități alternative de judecare a cauzelor care au impus aplicarea probei corectitudinii și a echității, în care pârâții pot declara că nu optează pentru evaluarea judiciară specifică *Entire fairness test*. Într-un prim exemplu³³, acționarul majoritar a fost solicitat să facă dovada corectitudinii și a echității fuziunii propuse³⁴. Acesta a susținut

din Delaware, 1995, instanța reține că „având în vedere faptul că, standardul de evaluare este determinant pentru soluția pronunțată, se va lua în considerare prezumția instituită de regula judecătii de afaceri și investigația efectuată în temeiul probei corectitudinii și a echității”.

³² *Idem*, cauza *Reis v. Hazelett*, pct. 459.

³³ Cauza *Weinberger*, *supra* 758.

³⁴ Fuziunile de tip *freeze-out*, numite și *squeeze-outs*, reprezintă operațiuni în care două entități fuzionează într-una singură, acționarii minoritari fiind forțați să vândă acțiunile deținute pentru un preț corect. Această tehnică utilizată de acționarii majoritari în societățile listate pe o piață publică are ca scop eliminarea acționarilor minoritari nedoriți, care blochează

însă că nu deținea controlul ambelor părți, cedând controlul când a acceptat să voteze în maniera în care au votat cei mai mulți acționari minoritari. Instanța a apreciat că aprobarea din partea majorității acționarilor minoritari reprezintă o apărare eficientă a informării corecte și complete, iar pentru stabilirea sarcinii probei se vor avea în vedere două condiții. În primul rând, informarea acționarilor minoritari cu privire la totalitatea informației deținute trebuie să fie corectă și completă, iar în cazurile de *squeeze out merger*, votul acționarilor trebuie să fie liber, lipsit de orice fel de influență sau constrângere.

A doua alternativă propusă pentru evitarea unei evaluări judiciare a conținutului deciziei de afaceri este crearea unei comisii interne, formată din administratori independenți, care să negocieze în numele și pe seama acționarilor minoritari. Acest comitet nu trebuie să fie influențat de acționarul majoritar³⁵. Deși administratorii pot răsturna sarcina probei prin arătarea unui comitet format din administratori independenți sau prin obținerea votului acționarilor minoritari, proba corectitudinii și a echității va rămâne standardul de evaluare în cazul fuziunilor, în special în cele propuse de acționarii majoritari.

208. Jurisprudența modernă aplică uneori o variațiune mai puțin strictă a probei corectitudinii și a echității în cazurile în care societățile creează o comisie internă formată din administratori independenți și supun

procesele decizionale. Tehnica utilizată cel mai frecvent este crearea de către acționarii majoritari a unei noi societăți, care va iniția procesul de fuziune cu societatea în cauză la un preț puțin mai mare decât prețul pieței, și prin abuzarea puterii lor de decizie, acționarii majoritari vor stabili planul și structura fuziunii, forțând acționarii minoritari să accepte o compensație financiară pentru acțiunile deținute. Această strategie este adesea criticată din cauza încălcării intereselor acționarilor minoritari, în special în situațiile în care acționarii majoritari prevăd o creștere a valorii de bursă a acțiunilor. Acest drept subiectiv al acționarului majoritar, de sorginte americană, a fost preluat în dreptul continental prin Directiva 2004/25/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 aprilie 2004 privind ofertele publice de cumpărare. A se vedea art. 23 și art. 206 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, art. 327a – 327 din Legea germană a societăților pe acțiuni (*Aktiengesetz*) și secțiunea 979 din *UK Companies Act 2006*. Pentru o descriere exhaustivă a procedurii, a se vedea Biggart, R.: *The Fiduciary Duty of Majority Shareholders in Freezeout Mergers: A Suggested Approach*, *Fordham Law Review* vol. 47, nr. 4/1978.

³⁵ Cauza *Kahn v. Lynch Communication Systems Inc.*, 638 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1994.

fuziunea votului acționarilor. Chiar dacă această rocadă nu presupune o aplicare a regulii judecății de afaceri, ea are ca efect răsturnarea sarcinii probei prin înlocuirea evaluării judiciare de substanță cu recomandarea unei comisii formate din administratori independenți și votul acționarilor. Observăm că în aplicarea standardelor *Revlon* și *Unocal*, aceste cauze de limitare operau odată cu aplicarea standardului, însă în cazul probei corectitudinii și a echității, aceste elemente schimbă standardul de evaluare la un standard mai puțin strict. Mai mult, în cazul *Unocal*, votul acționarilor reprezintă doar o garanție a corectitudinii deciziei consiliului, pe când în aplicarea standardului probei corectitudinii și a echității, votul acționarilor minoritari reprezintă o cauză de limitare a standardului de evaluare, deoarece votul exprimat în cazul unei fuziuni reprezintă în majoritatea cazurilor un aspect important pentru orice acționar, care îi va atrage atenția, spre deosebire de o decizie de rutină.

O cauză în care proba corectitudinii și a echității a fost aplicată într-o manieră diferită este *Kahn v. Lynch*³⁶, în care instanța nu a ținut cont de criteriile subsecvente amintite. Societatea Lynch a fost achiziționată de acționarul său majoritar, Alcatel USA Corporation, în urma unei oferte publice de cumpărare. Prin acțiunea formulată împotriva societății, acționarul Kahn afirma că membrii consiliului de administrație Alcatel și-au încălcat obligațiile fiduciare față de Lynch prin impunerea unor condiții dezavantajoase de cumpărare, informare incompletă și preț necorespunzător. Prima instanță a reținut că, în calitate de acționar majoritar, Alcatel datora obligații fiduciare societății Lynch și acționarilor acesteia, care nu au fost încălcate. Curtea Supremă din Delaware a reținut însă, că sarcina dovedirii corectitudinii și a echității fuziunii aparține societății Alcatel, deoarece comisia independentă a Lynch formată din administratori neexecutivi nu a reușit să ia o decizie independentă din cauza presiunii exercitate de Alcatel. În plus, puterea acționarilor majoritari impune aplicarea probei corectitudinii și a echității și alocarea sarcinii probei reclamanților, care nu recunosc independența și eficiența unei comisii independente, în reprezentarea acționarilor minoritari. Instanța a verificat componența comisiei interne și a constatat că aceasta era formată din trei

³⁶ Cauza *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp.*, *supra* 773, pct. 448.

administratori neexecutivi și fusese consiliată de consultanți legali, fiscali și specialiști în investiții, însă a apreciat că activitatea acestei comisii va trebui evaluată „pentru a determina dacă dominanța exercitată de Alcatel a fost neutralizată astfel încât fiecare parte să-și fi exercitat în mod real puterea de negociere”. După constatarea refuzurilor repetate ale comisiei de a aproba ofertele inechitabile din partea Alcatel, prima instanță a reținut informarea deplină și lipsa constrângerii comisiei interne de a încheia o anumită operațiune, care a luat o decizie corectă în situația în care nu existau alte alternative, deși Alcatel, în calitate de acționar majoritar, putea bloca orice ofertă. Totuși, sensibilitatea acestor operațiuni a fost apreciată diferit de instanța de apel, care a reținut că refuzul ofertelor concurente a avut ca raționament amenințarea preluării ostile, iar acționarul majoritar și-a exercitat puterea de control din umbră, subminând procedurile comisiei independente prin influențarea judecății de afaceri a membrilor acesteia.

Deși jurisprudența demonstrează că, în general, instanțele acordă o valoare deosebită comitetelor interne formate din administratori neexecutivi, procesul decizional va fi evaluat în contextul mai larg al legăturilor dintre părți, al factorilor externi, al protecției acționarilor minoritari și al intereselor acționarilor majoritari.

6. Standardul „Blasius”

209. Născut tot în temeiul unei cauze de referință soluționată de Curtea Supremă din Delaware, cauza *Blasius Industries v. Atlas Corporation*³⁷, acest standard este declanșat de un scop neadecvat avansat de consiliul de administrație, fie imoral, ilicit ori neloial. Acest standard presupune justificarea *prima facie* de către reclamant a unei acțiuni necorespunzătoare din partea consiliului de administrație, exercitată în scopul primar al împiedicării exercitării dreptului de vot al acționarilor. În cauza *Blasius*, consiliul de administrație a încercat să împiedice acționarii să-și exercite dreptul de vot în vederea numirii administratorilor, respectiv a lărgirii numărului membrilor consiliului de administrație, în scopul prevenirii

³⁷ Cauza *Blasius Industries v. Atlas Corporation*, 564 A 2d 651, Delaware Chancery Court, 1988.

dobândirii controlului de către persoane străine. Deși administratorii au acționat cu diligență și prudență și bună-credință și în avansarea scopului nobil de a evita obținerea controlului societății și a consiliului de administrație de către un insurgent, instanța a apreciat că actele lor au avut ca efect împiedicarea exercitării dreptului de vot al acționarilor, printr-o încălcare a obligației de loialitate și a depășirii autorității.

Îndeplinirea obligației de diligență și prudență și bună-credință nu prezintă relevanță în cazurile de tip *Blasius*, deoarece simplul fapt al depășirii autorității și a puterilor conferite elimină orice posibilitate de compromis din partea instanțelor. Acest tip de conduită este considerat *per se* în afara legii, astfel încât apărările pârâților vor trebui să prezinte o justificare insurmontabilă pentru acțiunile întreprinse. Însuși raționamentul creării doctrinei *Blasius* demonstrează că, în aceste situații, evaluarea judiciară a deciziei de afaceri este obligatorie, în special în cazurile în care consiliul de administrație încearcă să interfereze cu votul acționarilor de legitimizare a controlului puterii consiliului³⁸. Raționamentul aplicării testului *Blasius* în urma manipulării puterii de decizie a acționarilor este verificarea dacă acest consiliu de administrație a acționat dincolo de puterile conferite și evaluarea caracterului justificat și întemeiat al conduitei adoptate.

În cazurile de tip *Blasius* nu există alte criterii de ajustare a evaluării, precum votul administratorilor independenți sau al acționarilor, deoarece cauzele vizează însăși obstrucționarea votului acționarilor de către consiliul de administrație, iar evaluarea judiciară rămâne singura opțiune. Mai mult, competența stabilirii scopului primar al administratorilor și analiza acestor strategii aparține instanțelor. Instanțele sunt reticente în aplicarea standardului *Blasius*, având în vedere dificultatea administratorilor de a justifica o conduită sub acest standard, fiind uneori privit mai mult ca „o etichetă a rezultatului, decât ca un model de determinare a standardului de evaluare pe care ar trebui să îl utilizeze o instanță pentru formularea soluției corecte”³⁹. Până în anul 2013, doar cinci cazuri au fost supuse probei *Blasius*,

³⁸ A se vedea Siegel, M., *art. precitat supra* 744, p. 615.

³⁹ Cauza *Mercier v. Inter-Tel Inc.*, 929, A.2d, Delaware Chancery Court, 2007, pct. 805 și cauza *In re Mony Group Inc. Shareholders Litigation*, 853 A.2d, Delaware Chancery Court, 2004, pct. 674.

toate fiind judecate de instanțele din Delaware, și în unul singur, administratorii au reușit să justifice condițiile pentru trecerea testului⁴⁰.

7. Standardul „Schnell”

210. Deși atât proba corectitudinii și a echității, cât și standardul *Blasius* își găsesc aplicabilitatea în urma eliminării posibilității de aplicare a regulii judecătii de afaceri, acest ultim standard se poziționează la polul opus față de regula judecătii de afaceri, deoarece, nu doar invită instanța să analizeze în amănunt conținutul deciziilor de afaceri, dar deschide posibilitatea invalidării unei decizii a consiliului de administrație, în ciuda dovedirii parcurgerii unui proces decizional corespunzător.

În cauza care a dat numele acestui standard, *Schnell v. Chris-Craft Industries Inc.*⁴¹, administratorii au schimbat în termen scurt data și locul în care trebuia să aibă loc adunarea generală anuală a acționarilor în scopul împiedicării acționarilor minoritari de a formula obiecțiuni. Deși prima instanță a reținut conduita administratorilor ca fiind în perfectă concordanță cu statutul societății, Curtea Supremă din Delaware a modificat această decizie, formulând ceea ce a devenit „doctrina Schnell”, respectiv „actele și faptele inechitabile nu vor fi îngăduite doar pentru că acestea nu sunt ilegale”. Intenția consiliului de administrație de a manipula sistemul de vot pentru a-și putea consolida poziția deținută reprezintă o conduită inechitabilă și reprobabilă din punct de vedere moral. Utilitatea aplicării acestei doctrine se demonstrează în cazurile în care, deși consiliul de administrație a acționat în conformitate cu legea și cu reglementările interne, decizia este vădit inechitabilă, iar determinarea acestei evaluări este de competența instanțelor de judecată.

⁴⁰ Cauza *Mercier*, *supra* 781, în a cărei motivare instanța a criticat testul *Blasius*, datorită faptului că, odată declanșat, niciun consiliu de administrație nu va putea oferi un scop suficient de întemeiat pentru obstrucționarea drepturilor de vot ale acționarilor, susținând că *Blasius* nu ar fi o probă în sine, pentru că aceasta nu poate fi trecută niciodată. Sugestia instanței a fost în sensul aplicării unei variante modificate a probei *Unocal*, respectiv examinarea bunei-credințe în scopul obținerii valorii maxime oferite.

⁴¹ Cauza *Schnell v. Chris-Craft Industries Inc.*, 285 A2d 437, Curtea Supremă din Delaware, 1971.

8. Criterii suplimentare de evaluare utilizate în jurisprudență

211. În analiza exemplurilor expuse anterior, au fost menționate câteva criterii suplimentare de evaluare utilizate de instanță în cadrul standardelor de evaluare a conduitei administratorilor, precum votul administratorilor independenți, a acționarilor minoritari și prețul pieței. S-a observat că în cazul utilizării standardelor *Unocal*, *Revlon* și a probei corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*), votul administratorilor independenți are o importanță deosebită, iar pentru aplicarea standardului *Revlon* și a probei corectitudinii și a echității, votul acționarilor minoritari este verificat aproape mereu. În cazul *Revlon*, ar trebui avut în vedere și contextul pieței de afaceri pentru demonstrarea corectitudinii și a echității.

Deși aceste criterii sunt adesea verificate, jurisprudența demonstrează că aportul lor la soluțiile de angajare a răspunderii administratorilor nu este determinant. Argumentul pentru verificarea participării administratorilor independenți la decizia de afaceri dedusă judecății reprezintă prezumția de imparțialitate pe care votul acestora o aduce deciziei consiliului de administrație⁴². Spre deosebire de „membrii managementului, care au ipotetic dorința de a-și păstra locul de muncă, aceștia [s.n. administratorii independenți] susțin doar prezumția bunei-credințe și a investigațiilor rezonabile”⁴³. În ciuda anumitor critici doctrinare cu privire la garanția de imparțialitate oferită de votul administratorilor independenți⁴⁴, instanțele de *common law* aleg să ofere încredere deciziilor votate de o majoritate de administratori independenți, în modalitățile *Revlon*

⁴² Furlow, C. W.: *Back to basics. Harmonizing Delaware's Law Governing Going Private Transactions*, Arkon Law Review nr. 40/2007, p. 98.

⁴³ Cauza *Selectiva Inc. v. Versata Enters Inc.*, supra 753, pct. 51.

⁴⁴ În doctrină există critici referitoare la garanția oferită de administratorii independenți, aceștia fiind adesea numiți în baza experienței și a expertizei lor recomandate de directorii executivi. Având în vedere colaborarea permanentă pe care o au cu executivii, administratorii independenți vor fi rareori perfect imparțiali cu privire la activitatea executivilor și, chiar în lipsa unui interes financiar care să determine un conflict de interese, în practică, administratorii independenți au adesea tendința favorizării unui coleg. Pentru critici referitoare la imparțialitatea administratorilor independenți, a se vedea Rodriguez, U.: *The Fetishization of Independence*, Journal for Corporate Law nr. 33/2008, p. 460; Velasco, J.: *Structural Bias and the Need for Substantive Review*, Washington University Law Quarterly nr. 82/2004, p. 842; Hill, C. A., McDonnell B. H.: *Disney, Good Faith and Structural Bias*, Journal of Corporate Law nr. 32/2007, pp. 833-835.

și *Unocal*, evitând în majoritatea cauzelor efectuarea unei analize judiciare a conținutului deciziei de afaceri.

Eficiența votului acționarilor minoritari rezultă din eliminarea oricărei suspiciuni de conflict de interese al administratorilor. Doctrina apreciază că votul corect al acționarilor minoritari oferă o examinare mai obiectivă decât analiza judiciară a corectitudinii și a echității deciziei de afaceri și a intențiilor administratorilor, acționarii fiind cei îndreptățiți să ia deciziile de afaceri și de investiții cu privire la societate, iar nu o instanță care analizează echitatea recomandării consiliului de administrație. Criticii doctrinari menționează imposibilitatea reală a acționarilor minoritari de a evalua o operațiune în prezența unei presiuni a acționarului majoritar, ceea ce subminează efectul garantării corectitudinii și a echității votului acționarilor minoritari, care acceptă voința celor care domină adunarea generală a acționarilor⁴⁵.

212. Valoarea acestor criterii suplimentare de evaluare a conduitei, incluse în aplicarea standardelor de evaluare clasice dezvoltate de jurisprudență, este relevantă de utilizarea frecventă a acestora de către instanțele din Delaware. Deși importul lor în jurisdicțiile de drept continental nu a fost unul structurat, ci instanțele optează pentru criterii de evaluare în funcție de circumstanțele cauzei, apreciem că utilitatea dovedită a acestor criterii în *common law* ar putea fi preluată și de jurisprudența europeană. Instanțele din Delaware au calibrat măsura în care își fundamentează soluțiile pe votul administratorilor independenți, prin coroborarea acestui element cu reprezentarea corectă a tuturor acționarilor și investigarea obiectivă a condițiilor pieței relevante, cu stabilirea unor mecanisme de asigurare a votului informat și voluntar al acționarilor. Apreciem că aceste criterii suplimentare de evaluare reprezintă o metodă de arbitrarie utilă, dar nu obligatorie, efectele pot fi determinante pentru soluția pronunțată, deoarece pot influența analiza încălcării obligațiilor fiduciare (*Omnicare*), a sarcinii probei (*Kahn*) ori a standardului aplicabil pentru evaluarea conduitei. În viziunea noastră, aceste criterii reprezintă repere obiective pentru a analiza aspectele relevante ale procesului decizional,

⁴⁵ O interpretare a deciziei acționarilor minoritari de a aproba o fuziune în cauza *In re Wheelabrator Techs. Inc. Shareholders Litigation*, 663 A.2d, 1194, Delaware Chancery Court, 1995, pct. 1205.

atunci când evaluarea judiciară a deciziei de afaceri este inevitabilă. O privire de ansamblu a standardelor de evaluare a conduitei administratorilor este prezentată în Tabelul 1.

Tabel 1. Privire comparativă a standardelor de evaluare în common law

Standard de evaluare	Condiții de aplicare	Conflict de interese	Sarcina inițială a probei	Evaluare judiciară a deciziei de afaceri
1. Regula judecătii de afaceri	Condiții negative: - lipsa neglijenței grave (logică, consiliere, măsuri minime de informare) - bună-credință (lipsa conflictului de interese, a unui scop comercial irațional, intenție de fraudare a societății)	NU	Reclamant	NU
2. Regula judecătii depline de afaceri (<i>Enhanced business judgment rule</i> sau Standardul „Unocal”)	Două elemente: - administratorii vor trebui să dovedească bună-credință și o cercetare rezonabilă pentru identificarea pericolului iminent (diligență și prudență) - formularea unui răspuns proporțional la riscul identificat	DA	Consiliul de administrație	DA*
3. Standardul „Revlon”	În cazurile de preluare, când principala obligație a consiliului este de a maximiza valoarea societății în beneficiul acționarilor, privită ca un activ de vânzare.	DA	Consiliul de administrație	DA*
4. Proba corectitudinii și a echității (<i>Entire fairness test</i>)	Inaplicabilitatea regulii judecătii de afaceri din cauza unui conflict de interese	DA	Consiliul de administrație	DA
5. Standardul „Blasius”	Cazurile de interferarea în votul acționarilor pentru menținerea puterii în cazurile de fuziuni și achiziții	DA	Consiliul de administrație	DA
6. Standardul „Schnell”	Evaluarea actelor și faptelor inechitabile ale consiliului de administrație pentru a manipula sistemul de vot al acționarilor	DA	Consiliul de administrație	DA

* evaluarea judiciară este limitată la verificarea independenței administratorilor și a efectuării unei analize pentru a identifica prețul de piață sau prețul corespunzător.

9. Standardele de evaluare în guvernanța corporativă actuală și în jurisprudența recentă

213. Odată cu evoluția instituțiilor de guvernanță corporativă și a relațiilor de afaceri, jurisprudența s-a adaptat în sensul că a menținut regula judecății de afaceri și proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*), renunțând treptat la celelalte patru standarde de evaluare. Am demonstrat că aplicabilitatea acestor două standarde s-a dovedit a fi cea mai simplă și mai intuitivă pentru instanțe, prin verificarea unor condiții obiective care determină standardul aplicabil. Având în vedere numeroase elemente subiective care condiționează aplicabilitatea celorlalte standarde, precum motivația interioară a administratorilor și intențiile prezumtive la momentul interferării în deliberările acționarilor, dificultatea aplicării acestora și practica neunitară, acestea au fost treptat abandonate. Standardele *Unocal*, *Revlon*, *Blasius* și *Schnell* au fost aplicate într-un număr limitat de cauze de instanțele de *common law*, care le-au și creat de altfel, neregăsindu-se în practica după anul 2006. Având în vedere că numitorul comun al aplicării acestor ultime standarde era existența unui conflict de interese, care elimina posibilitatea aplicării regulii judecății de afaceri, practica a modelat treptat un standard de evaluare aprofundat și proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*) pentru aplicarea acestora ca standarde de evaluare în toate cazurile în care regula judecății de afaceri nu poate fi utilizată.

În prezent, jurisprudența utilizează trei standarde de evaluare a operațiunilor disputate, regula judecății de afaceri, standardul de evaluare aprofundată (*Enhanced Scrutiny*) și proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness*), aplicabilitatea lor depinzând de raportul pe care administratorii îl au cu decizia de afaceri dedusă judecății⁴⁶. Primul standard, regula judecății de afaceri, împiedică cenzurarea *ex-post* a deciziilor luate de către administratorii independenți și neinteresați, care au acționat cu diligență și

⁴⁶ Existența celor trei standarde de evaluare utilizate de jurisprudența actuală a fost menționată pentru prima dată în cauza *Reis v. Hazelett*, *supra* 773, pct. 457 și confirmată în decizii subsecvente, spre exemplu în cauza *In Re Trados Incorporated Shareholder Litigation*, 73 A.3d 17, Delaware Chancery Court, 2013, pct. 43.

prudență prin considerarea cu precădere a caracterului rezonabil al procesului decizional utilizat de consiliul de administrație. Această regulă este implicită în situațiile în care se poate exclude un conflict de interese. În cazul în care instanța va aprecia existența unui posibil conflict de interese la momentul luării deciziei de afaceri, din cauza dinamicii procesului decizional ori a particularităților situației, va opta pentru aplicarea celui de-al doilea standard, standardului de evaluare aprofundată (*Enhanced Scrutiny*), care împrumută elemente ale standardelor *Unocal* și *Revlon*. În cazul constatării unui conflict real de interese în care se află persoanele care au luat decizia de afaceri, instanța va opta pentru aplicarea celui de-al treilea standard, standardul corectitudinii și al echității, care este regăsit în doctrina modernă sub denumirea de *Entire fairness standard* sau *doctrine*, iar nu *Entire fairness test*, ca în doctrina din secolul XX. Acest standard este condiționat de verificarea ca majoritatea administratorilor care votează o decizie de afaceri să fie interesați ori un acționar majoritar să aibă interese în ambele părți ale afacerii.

214. În prezent, instanța poate schimba standardul de evaluare aplicabil în cursul judecății, în funcție de elemente exterioare verificate de instanță, respectiv criteriile suplimentare de evaluare menționate în secțiunea anterioară, care pot deplasa standardul aplicabil de la standardului corectitudinii și al echității (*Entire fairness*) la standardul de evaluare aprofundată (*Enhanced Scrutiny*) sau chiar la aplicarea regulii judecății de afaceri, și implicit, vor avea ca efect răsturnarea sarcinii probei. În prezent, în aplicarea standardelor de evaluare, clauzele statutare de limitare sau înlăturare a răspunderii joacă un rol deosebit de important, fiind în măsură să împiedice angajarea propriu-zisă a răspunderii unui administrator, în ciuda constatării judiciare a încălcării unei obligații fiduciare. De asemenea, în ambele sisteme, răspunderea administratorilor este angajată individual, chiar dacă acțiunea în răspundere sau critica deciziei de afaceri vizează consiliul ca organ colegial⁴⁷, deoarece modalitatea de încălcare a obligației fiduciare și cauzele de înlăturare a răspunderii variază pentru fiecare dintre administratori⁴⁸.

⁴⁷ Cauza *In re Cornerstone Therapeutics Inc. Sh. Litig.*, 115 A.3d, Curtea Supremă din Delaware, 2015, pct. 1182.

⁴⁸ Cauza *In re Emerging Communications Inc. Sh. Litig.*, 2004 WL 105745, Delaware Chancery Court, 2004, pct. 38.

Regula judecății de afaceri se regăsește în jurisprudența actuală în aceeași formă lansată de cauzele Disney⁴⁹, rolul central în aprecierea aplicabilității regulii fiind în prezent ocupat de decizia de afaceri, iar nu de persoana administratorului. Evitarea intruziunii instanțelor se raportează la buna-credință în decizia de afaceri respectivă și la interesul personal al administratorului, prin prisma circumstanțelor exterioare și a convingerii rezonabile că acea decizie era cea mai potrivită pentru interesele societății. Răspândirea aplicabilității regulii în jurisprudența de *common law* și preluarea fidelă a acesteia în jurisdicțiile de drept civil se datorează succesului acestui mecanism de apărare a administratorilor. În jurisprudența recentă, Curtea Supremă din Delaware amintește de caracterul determinant al alegerii standardului de evaluare pentru soluția pronunțată, iar în istoria de mai mult de 200 de ani a aplicării regulii judecății de afaceri, evitarea substituirii judecății administratorului cu considerațiile judecătorului a devenit tot mai frecventă⁵⁰. Împiedicarea analizei *ex post* a conținutului deciziei de afaceri a devenit încetățenită în jurisprudența de *common law*, prinzând contur în dreptul continental.

În mod ideal, prezumția instituită de regula judecății de afaceri poate fi răsturnată doar prin justificări temeinice, capabile să răstoarne sarcina probei în defavoarea administratorului pârât, care va trebui să demonstreze că actul a fost în totalitate corect și echitabil față de societate și față de acționari⁵¹. Noțiunea de corectitudine și echitate prezintă importanță doar ulterior răsturnării prezumției instituită de regula judecății de afaceri, ceea ce confirmă observația anterioară că, în prezent, proba corectitudinii și a echității este declanșată întotdeauna de un conflict de interese. Conflictul de interese este așadar determinant pentru schimbarea standardului de evaluare. Standardul corectitudinii și al echității este utilizat în prezent pentru a verifica dacă o operațiune în care administratorul reprezintă ambele părți contractante sau are interese în ambele părți ar trebui menținută sau

⁴⁹ A se vedea *supra* 582, 745 și 746.

⁵⁰ Una dintre primele mențiuni ale importanței evitării substituirii raționamentului administratorului într-o motivare a unei decizii este în cauza *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668, Curtea de Apel Michigan, 1919.

⁵¹ Descrierea răsturnării sarcinii probei în *Krasner v. Moffet*, 826 A.2d 277, Curtea Supremă din Delaware, 2003.

analizată de instanță. Instanța nu va mai verifica dacă administratorul a acționat cu bună-credință, ci dacă, în absența unei negocieri corecte și echilibrate, din punct de vedere obiectiv, operațiunea încheiată este corectă, echitabilă și rezonabilă⁵² (Figura 8). Așadar, prin dovedirea lipsei independenței persoanelor care au luat decizia sau prin alte încălcări ale obligațiilor fiduciare, prezumția instituită de regulă va fi răsturnată, iar instanțele vor aplica standardul corectitudinii și al echității, iar societatea, prin administratori, va trebui să dovedească faptul că atât procesul decizional, cât și prețul obținut sunt corecte și echitabile față de acționari și față de societate.

215. Regula judecății de afaceri, ca standard de evaluare, nu se va aplica în cazul unor operațiuni în care implicarea acționarului majoritar este în măsură să dezechilibreze libertatea votului consiliului de administrație⁵³. Utilitatea obținerii votului acționarilor rezidă în aplicarea cu precădere a regulii judecății de afaceri, iar nu a standardului corectitudinii și al echității, sub care se evaluează diligența și prudența, caracterul interesat și buna-credință a administratorilor care au luat decizia⁵⁴. O primă excepție a aplicării regulii este reprezentată de situația în care decizia consiliului de administrație are valoarea unei irosiri a activelor societății, caz în care decizia consiliului de administrație va fi menținută, afară de situația în care nu poate fi atribuită unui scop comercial rațional. O operațiune poate fi asimilată unei irosiri a averii acționarilor în situația în care prețul sau beneficiul primit de societate are o valoare atât de disproporționată, încât nicio persoană cu o judecată de afaceri obișnuită nu ar aprecia ca echitabil prețul plătit. În cazul în care operațiunea este aprobată de acționari, această excepție își pierde relevanța, fiind subînțeles faptul că acționarii nu ar aproba o afacere care este în defavoarea societății și cu irosirea activelor⁵⁵.

Cea de-a doua excepție jurisprudențială a aplicării regulii este fraudă în cadrul consiliului de administrație, respectiv deciziile luate cu „manipularea procesului decizional sau deliberativ de către fiduciarii aflați

⁵² Cauza *In re Franklin National Bank Security Litigation*, 2 B.R. 707, Curtea de Apel New York, 1979.

⁵³ Cauza *In re Volcano Corporation Shareholder Litigation*, 143 A.3d, Delaware Chancery Court, 2017, pct. 750.

⁵⁴ Cauza *Larkin v. Shah*, WL 4485447, Delaware Chancery Court, 2016, pct. 1.

⁵⁵ Cauza *Singh v. Attenborough*, 137 A.3d, 151, Curtea Supremă din Delaware, 2016, pct. 151.

în conflict de interese”⁵⁶. Cel mai frecvent exemplu din practică este situația în care directorii executivi nu au fost sinceri față de administratorii neexecutivi cu privire la propriile lor greșeli de administrare, cele ale subalternilor sau nu au comunicat alte informații de teama utilizării lor contra propriilor interese⁵⁷.

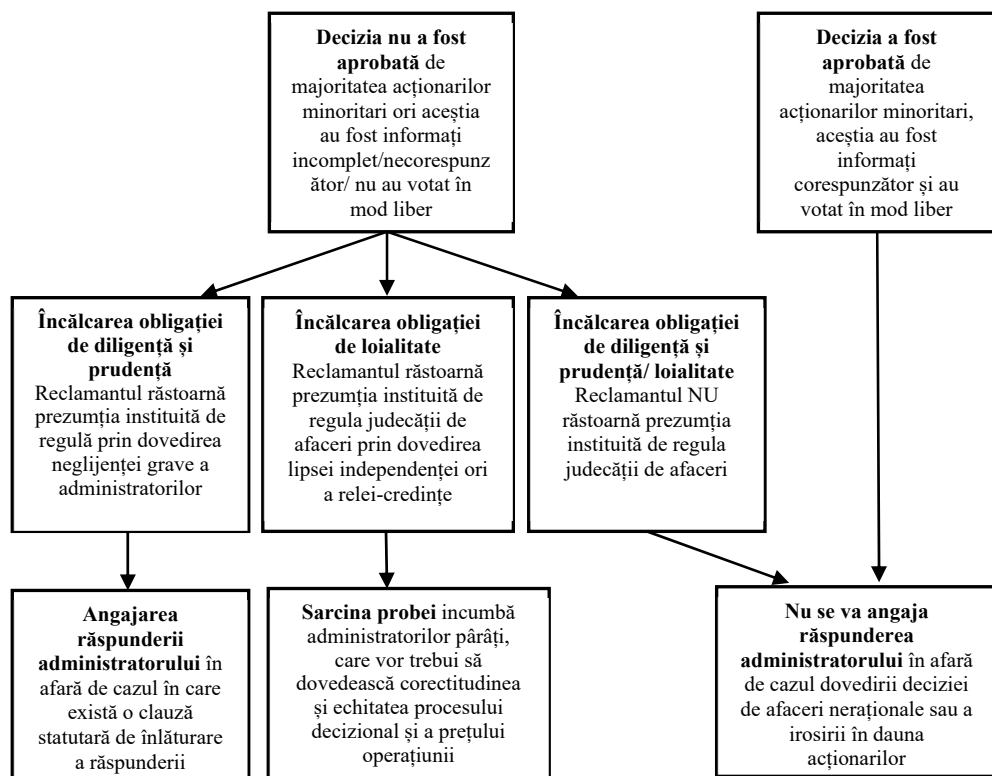


Figura 8⁵⁸. Presumția instituită de regula judecătii de afaceri în common law

216. Cel de-al doilea standard de evaluare utilizat de jurisprudența actuală este standardul de evaluare aprofundată (*Enhanced Scrutiny*), care reprezintă un standard de evaluare intermediar, strictețea și profunzimea

⁵⁶ Cauza *City of Miami Gen. Empls & San Empls Ret. Trust v. Comstock*, WL 4464156, Delaware Chancery Court. 2016, pct. 19.

⁵⁷ Cauza *In re American International Group Inc.*, 965 A.2d 763, Delaware Chancery Court, 2009, pct. 807.

⁵⁸ Model adaptat după Odoner, E. J., Radin, S. A., Goltser, L. A., Blumberg, A. E.: *Fiduciary Duties of Corporate Directors in Uncertain Times*, Columbia Law School Millstein Center Director Papers, 2017, p. 18.

evaluării plasându-se între regula judecății de afaceri și standardul corectitudinii și al echității (*Entire fairness test*)⁵⁹. În jurisprudența contemporană, acest standard se aplică situațiilor în care se declanșează obligațiile administratorilor regăsite în cauzele *Unocal* și *Revlon*, respectiv în care consiliul de administrație adoptă o atitudine defensivă ca răspuns la riscul unei preluări ostile (*Unocal*) sau în situația unei fuziuni care va avea ca efect schimbarea controlului societății, iar consiliul inițiază o vânzare publică ori o fragmentare ireversibilă a societății⁶⁰. Sarcina probei se va răsturna, iar administratorii vor trebui să demonstreze buna-credință și lipsa unui conflict de interese.

În prezent, standardul de evaluare aprofundată reprezintă un test al caracterului rezonabil și nu al caracterului rațional⁶¹ și nu urmărește identificarea unei decizii de afaceri perfecte pentru societate. Deși standardul de evaluare aprofundată este mai strict și mai exact decât o simplă analiză rațională a profesionistului obișnuit, rămâne o evaluare a caracterului rezonabil al procesului decizional și al deciziei de afaceri⁶². În aplicarea recentă a standardului de evaluare aprofundată a obligațiilor de tip *Unocal*, administratorii pârâți au fost solicitați să dovedească motivele rezonabile pe care le-au avut în vedere pentru a considera existența unei amenințări reale cu privire la politicile societare și caracterul rezonabil al măsurii defensive. Spre deosebire de aplicarea inițială a testului *Unocal*, instanța va evalua caracterul rezonabil al investigațiilor, a procesului de informare și a rezultatului, respectiv va cerceta legătura de cauzalitate între investigațiile efectuate și concluziile obținute⁶³. Caracterul rezonabil al deciziilor de afaceri va fi stabilit raportat la amenințarea specifică. Dacă un consiliu de administrație demonstrează îndeplinirea obligațiilor de tip *Unocal*, acesta va beneficia de protecția regulii judecății de afaceri⁶⁴.

Aplicarea actuală a standardului de evaluare aprofundată este destul de incertă în ceea ce privește angajarea răspunderii administratorilor, spre

⁵⁹ Cauza *Trados*, *supra* 788, pct. 43.

⁶⁰ Cauza *Omnicare*, *supra* 756, în care se citează motivările din cauzele *Unocal* și *Revlon*.

⁶¹ Cauza *C&J Energy Services Inc. v. City of Miami Gen. Emps.*, 107 A.3d 1059, Curtea Supremă din Delaware, 2014, pct. 1067.

⁶² Cauza *In re Dollar Thrifty Shareholder Litigation*, 14 A.3d 573, Delaware Chancery Court, 2010, pct. 595.

⁶³ Cauza *Selectiva Inc. v. Versata Enters Inc.*, *supra* 753, pct. 606.

⁶⁴ Cauza *Omnicare*, *supra* 756, pct. 1373.

deosebire de jurisprudența privind operațiunile în dezavantajul acționarilor. Aceasta se datorează faptului că, standardele *Unocal* și *Revlon* nu au fost construite în scopul angajării răspunderii patrimoniale a administratorilor, ci mai degrabă pentru constrângerea de a respecta o obligație de a nu face, pentru a interveni în decizii de afaceri referitoare la fuziuni în timp real, înaintea perfectării (Figura 9)⁶⁵.

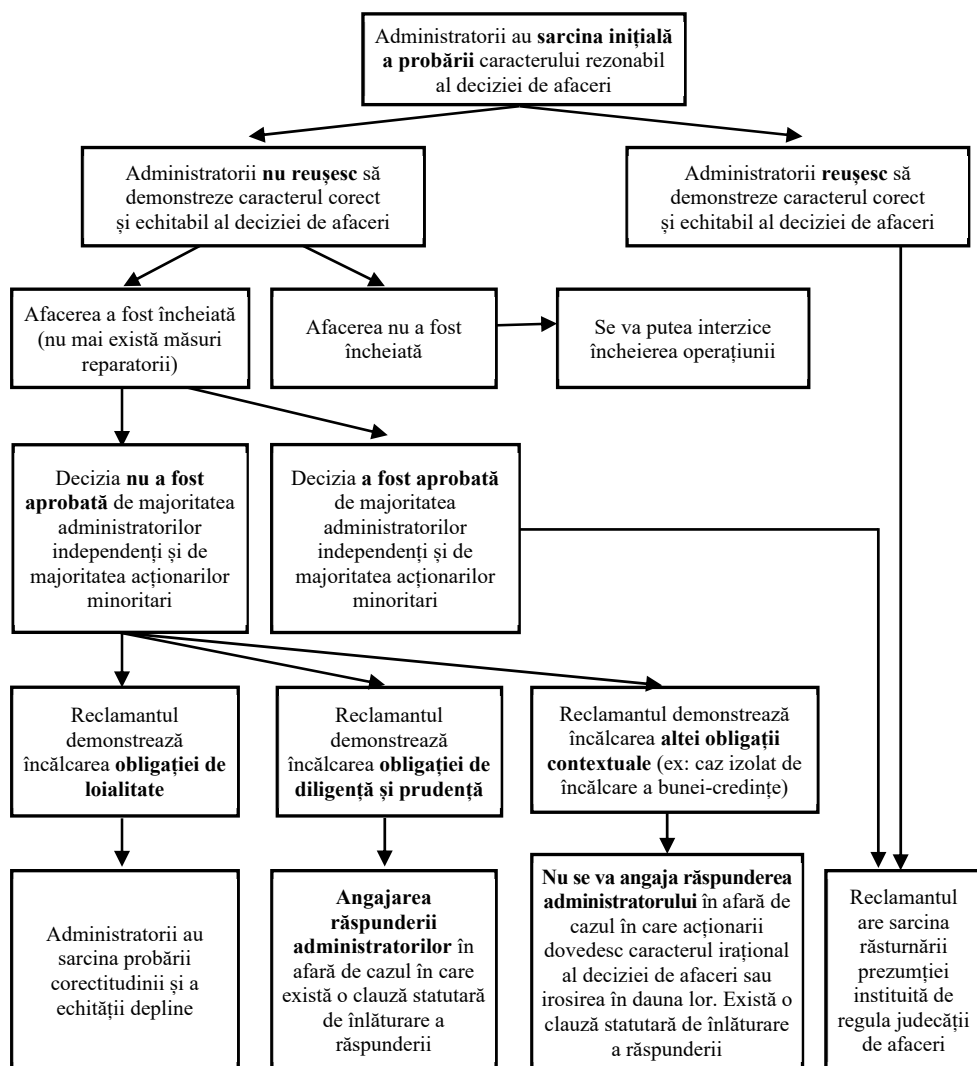


Figura 9. Standardul de evaluare aprofundată (Enhanced Scrutiny)

⁶⁵ Model adaptat din Odoner, E. J. et al., *art. precitat supra* 800, p. 19.

217. În prezent, standardul corectitudinii și al echității rămâne cel mai oneros standard de evaluare și privește conflictele de interese actuale și reale, determinate de lipsa bunei-credințe sau de promovarea unui interes personal de către administratori. Standardul corectitudinii și al echității este aplicat în două etape. Dacă majoritatea membrilor consiliului de administrație care au votat o decizie de afaceri au un interes în decizia respectivă, prezumția instituită de regula judecării de afaceri este răsturnată. Astfel, sarcina probei cu privire la demonstrarea negocierii corecte și a obținerii unui preț echitabil revine părților. Strictețea acestui standard s-a dezvoltat ca urmare a jurisprudenței bogate de aplicare a celor cinci standarde de evaluare care erau declanșate de imposibilitatea aplicării regulii judecării de afaceri și este menținută în prezent, deoarece acoperă totalitatea situațiilor în care majoritatea membrilor consiliului de administrație au un interes în decizia de afaceri, primesc un avantaj material care este în dezavantajul intereselor societății ori dacă un administrator sau un acționar domină procesul decizional al consiliului⁶⁶. Interesul unui administrator se va determina prin prezența lui în ambele părți ale unei operațiuni, prin așteptarea de a obține un beneficiu personal sau prin dubla reprezentare cu denaturarea alocării beneficiilor la care ar fi îndreptățită societatea și acționarii.

Din aceste rațiuni, standardul corectitudinii și al echității reprezintă actualmente standardul de evaluare cel mai strict și mai exact, care impune o evaluare judiciară a caracterului corect și echitabil al deciziei de afaceri pentru acționari. Punctul central este reprezentat tot de decizia de afaceri și de contextul decizional. În jurisprudența actuală, criteriile suplimentare de evaluare a conduitei administratorilor nu și-au pierdut importanța, iar instanțele vor verifica existența unor factori circumstanțiali, precum consilierea externă⁶⁷ sau prețul corect și echitabil analizat în contextul clauzelor contractuale și al condițiilor financiare ale afacerii încheiate⁶⁸. Convingerea sinceră că operațiunea a fost pe deplin corectă nu determină automat corectitudinea și echitatea acesteia, ci instanța va verifica din punct

⁶⁶ Descrierea aplicabilității acestui standard oferită în motivarea cauzei *Texlon Corporation v. Meyerson*, 802 A.2d 257, Curtea Supremă din Delaware, 2002, pct. 264.

⁶⁷ Cauza *Clements v. Rogers*, 790 A.2d 1222, Delaware Chancery Court, 2001.

⁶⁸ Un model de aplicare actuală a standardului corectitudinii și al echității, cu considerarea criteriilor externe de evaluare este cauza *Valeant Pharm International v. Jerney*, A.2d 732, Delaware Chancery Court, 2007.

de vedere obiectiv echitatea operațiunii, dincolo de convingerile subiective ale consiliului de administrație⁶⁹. Jurisprudența modernă demonstrează valoarea criteriilor suplimentare de evaluare a conduitei administratorilor prin combinarea ingenioasă a acestora, iar demonstrarea corectitudinii și a echității unei decizii de afaceri va fi extrem de dificilă⁷⁰. În prezent, ca efect al aplicării acestui standard, angajarea răspunderii administratorilor care și-au încălcat obligațiile fiduciare se va efectua prin acoperirea prejudiciului determinat de diferența dintre un preț corect și prețul concret obținut⁷¹.

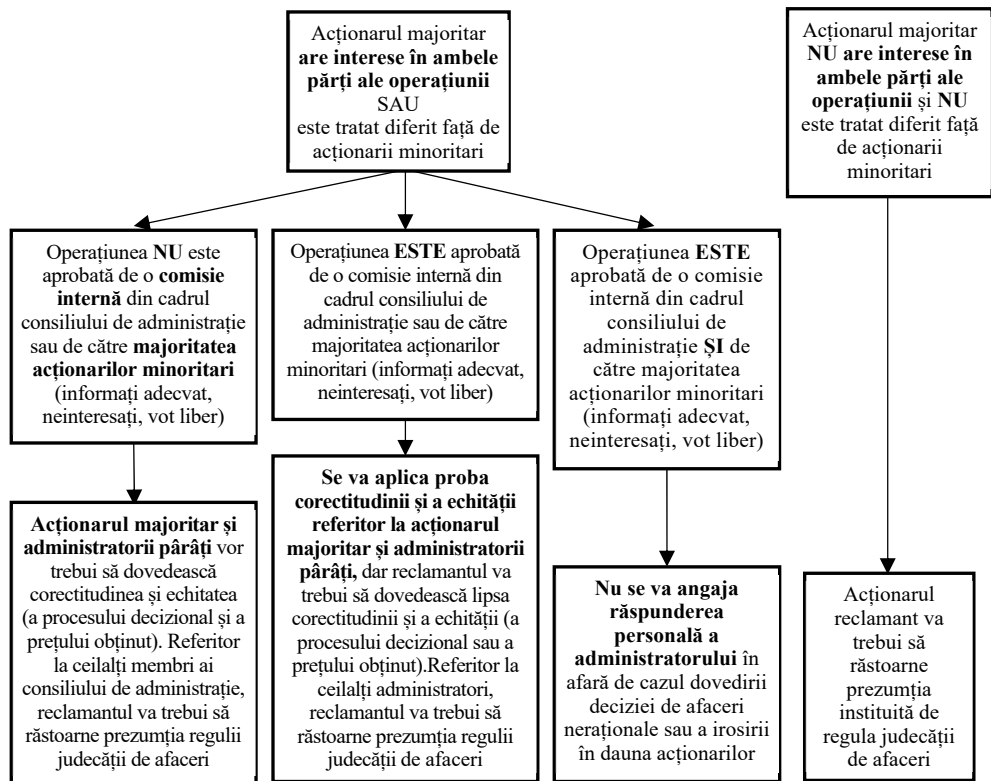


Figura 10. Standardul de evaluare în situațiile de preluare ostilă sau influențare de către un acționar majoritar

⁶⁹ Cauza *Gesoff v. IIC Industries Inc.*, 902 A.2d 1130, Delaware Chancery Court, 2006, pct. 1145.

⁷⁰ Cauza *Levco Alternative Fund Ltd. v. Reader's Digest Inc.*, 803 A.2d 428, Delaware Chancery Court, 2002.

⁷¹ Cauza *In re Primedia Inc. Shareholders Litigation*, 67 A.3d 455, Delaware Chancery Court, 2013, pct. 489.

218. În vreme ce aplicarea regulii judecății de afaceri pare să fie stabilă și ferm încetățenită în jurisprudență, parametrii standardului corectitudinii și al echității sunt în continuare șlefuiți de practica judiciară, în special datorită flexibilității interpretării criteriilor suplimentare de evaluare. În practica recentă a instanțelor din Delaware, caracterul structurat al unei fuziuni și votul unui comitet intern, informat și consiliat profesional, care a demonstrat protecția acționarilor minoritari, a determinat aplicarea regulii judecății de afaceri. O privire de ansamblu asupra standardului de evaluare a conduitei administratorilor în situațiile de preluare ostilă sau influențare de către acționarul majoritar este oferită în Figura 10⁷².

10. Raportul dintre standardele de conduită și standardele de evaluare

219. Am arătat că doctrina de dreptul societăților cunoaște istoric două obligații fiduciare, respectiv obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate, însă doar încălcarea obligației de loialitate era considerată inițial în măsură să atragă angajarea răspunderii unui administrator. Încălcările obligației de diligență și prudență erau protejate de regula judecății de afaceri, anumite încălcări ale obligației de loialitate erau evaluate conform probei corectitudinii și a echității, iar celelalte încălcări ale obligației de loialitate erau în măsură să atragă angajarea răspunderii celui care le-a cauzat.

În anul 1985, Curtea Supremă din Delaware a șocat jurisprudența și comunitatea academică prin pronunțarea soluției în cauza *Smith v. Van Gorkom*⁷³, prin angajarea răspunderii unui administrator pentru încălcarea obligației de diligență și prudență, ceea ce a declanșat nemulțumirea practicienilor. În aceeași perioadă, Curtea Supremă a început să creeze anumite standarde intermediare de evaluare⁷⁴ a situațiilor în care nici regula judecății de afaceri și nici proba corectitudinii și a echității nu se dovedeau a fi potrivite. Totodată, a ridicat buna-credință la același nivel cu obligațiile

⁷² Model adaptat după Odoner, E. J. et al., *art. precitat supra* 800, p. 20.

⁷³ Cauza *Smith v. Van Gorkom*, 488, A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1985.

⁷⁴ Velasco, J.: *How many fiduciary duties are there in Corporate Law?*, Southern California Law Review nr. 83/6, 2010, p. 1231.

fiduciare tradiționale și a revelat un model unitar de evaluare a încălcărilor obligațiilor fiduciare. Această viziune nu a fost îmbrățișată de jurisprudență în mod absolut, punctul de cotitură fiind anul 2006 în cauza *Stone v. Ritter*⁷⁵, cea mai clară motivare a inexistenței unei formulări triadice a obligațiilor fiduciare și a respingerii autonomiei bunei-credințe ca obligație fiduciară distinctă. Curtea a declarat în mod expres faptul că, în *common law*, buna-credință este o parte componentă a obligației fiduciare de loialitate. De atunci, jurisprudența majoritară se îndreaptă spre o abordare bifurcată a obligațiilor fiduciare, deși doctrina continuă să dezbată dacă includerea bunei-credințe în obligația de loialitate este o soluție corectă sau doar o simplificare excesivă a acestei noțiuni complexe.

220. O opinie minoritară din doctrina de *common law* sugerează lipsa de importanță a calificării relației dintre loialitate și bună-credință, deoarece prin natura lor, obligațiile fiduciare ar fi de fapt doar niște „paradigme ale angajării răspunderii”⁷⁶. Se identifică cinci paradigme ale angajării răspunderii (Tabelul 2), care reprezintă concepte mai vaste decât standardele de evaluare, ultimele reprezentând un cadru încărcat preponderent cu elemente procedurale. Deși nu îmbrățișăm ideea de cinci obligații fiduciare distincte, apreciem că o simplificare a regimului acestora nu este dezirabilă. Dacă obligațiile fiduciare au ca scop protejarea acționarilor și a societății, atunci reglementarea acestora trebuie să păstreze nuanța și precizia pe care a dezvoltat-o de-a lungul timpului cu ajutorul schimbărilor sociale și a jurisprudenței. Apreciem utilă reliefaarea unor standarde de evaluare pe care instanțele le pot utiliza pentru a constata existența încălcării unei obligații fiduciare.

Primele două paradigme corespund obligațiilor fiduciare tradiționale de diligență și prudență și de loialitate. Procesul decizional este evaluat conform standardului suficient de indulgent al neglijenței grave, iar conflictul de interese este evaluat potrivit probei corectitudinii și a echității. Având în vedere relația divergentă dintre cele două standarde de evaluare, teste intermediare nu au întârziat să apară. Dezvoltarea celei de-a treia

⁷⁵ Cauza *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 2006 Del. LEXIS 597, Curtea Supremă din Delaware, 2006.

⁷⁶ A se vedea Velasco, J., art. precitat supra 816, p. 1234.

paradigme are menirea aprecierii imparțialității structurale a administratorilor, iar a patra paradigmă abordează situațiile de comportament defectuos intenționat. Din punct de vedere calitativ, această paradigmă distinge între neglijență, conflict de interese și imparțialitate, deoarece conduita defectuoasă este evaluată raportat la respectul și atenția datorate de administrator. A cincea paradigmă tratează deciziile de afaceri, care vor fi evaluate prin prisma celui mai strict standard, al caracterului nerațional sau al irosirii. Conform acestui model, cele cinci paradigme reprezintă nivelul minim și ireductibil, necesar pentru a surprinde nuanța obligațiilor fiduciare.

Tabel 2. Cele cinci paradigme ale angajării răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare⁷⁷

Obligație fiduciară	Câmp de aplicare	Standard de angajare a răspunderii
1. Obligația de diligență și prudență	proces (decizional)	neglijență gravă
2. Obligația de loialitate	conflict de interese	proba corectitudinii și a echității
3. Caracter obiectiv	imparțialitate	caracter rezonabil
4. Buna-credință	conduită defectuoasă	intenție
5. Caracter rațional	conținutul deciziei de afaceri	irosire

Dezbaterea doctrinară referitoare la numărul obligațiilor fiduciare s-a concentrat în principiu pe existența a două sau a trei obligații fiduciare. În prezent, instanțele de *common law* par să favorizeze existența celor două obligații fiduciare clasice, diligența și prudența și obligația de loialitate, față de formularea triadei obligațiilor fiduciare. Nu îmbrățișăm modelul celor cinci obligații fiduciare, ci aderăm la concepția clasică a triadei. Deși încărcarea relației fiduciare cu obligații suplimentare este tentantă pentru acoperirea unei game largi de situații care pot fi întâlnite în viața de zi cu zi a societății, apreciem că vastitatea celor trei instituții tradiționale permite crearea jurisprudențială a unor obligații fiduciare subsidiare, care au capacitatea de a integra situațiile create de dinamismul guvernantei corporative.

Înțelegem totuși să îmbrățișăm teoria celor cinci paradigme din perspectiva utilizării standardelor de evaluare tocmai pentru definirea și

⁷⁷ *Idem*, p. 1235.

identificarea elementelor diligenței și prudenței și a loialității și pentru a demonstra că aceste două obligații fiduciare clasice sunt în continuare în măsură să susțină relațiile fiduciare din guvernanta corporativă a secolului XXI.

221. Paradigmele evaluării conduitei administratorului, promovate de o parte a doctrinei de *common law*, sunt diferite față de standardele de evaluare. Ele reprezintă premisa evaluării judiciare și pot cuprinde un număr de probe sau de teste pentru aprecierea conduitei, însă câmpul lor de aplicare este mult mai vast decât cel al simplelor teste procedurale care verifică niște condiții fictive stabilite de doctrină sau de jurisprudență.

Prima paradigmă acoperă ceea ce este cunoscut drept obligația de diligență și prudență, respectiv adoptarea unui proces decizional adecvat. În timp ce această obligație impune administratorilor să nu dea dovadă de neglijență, regula judecății de afaceri prevede faptul că ei vor încălca obligația de diligență și prudență doar dacă acționează cu neglijență gravă. Distincția dintre neglijență și neglijență gravă poate fi dificil de articulat, ultima presupune un comportament care poate fi caracterizat de o nepăsare exagerată. Prima paradigmă evaluează procesul decizional al administratorilor din perspectiva neglijenței grave⁷⁸.

Cea de-a doua paradigmă acoperă câmpul de aplicare al obligației de loialitate. Dacă esența regulii judecății de afaceri este că, în general, administratorilor le poate fi acordată încredere rezonabilă, esența probei corectitudinii și a echității este tocmai faptul că acest lucru nu este întotdeauna valabil. Esența obligației de loialitate este interzicerea oricărui tip de conflict de interese. În timp însă, legea a evoluat în sensul că administratorilor le este permis să se angajeze în operațiuni în care sunt interesați, cu condiția ca acestea să fie supuse unei decizii *ex ante* de aprobare de către administratorii sau acționarii deplin informați sau unui control judecătoresc *ex post*. Dacă o operațiune este aprobată, în general, aceasta va fi evaluată potrivit regulii judecății de afaceri. În caz contrar, este supusă probei corectitudinii și a echității⁷⁹.

⁷⁸ Rock, E., Wachter, M.: *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law and interdoctrinal legal transplants*, North Western University Law review vol. 96, nr. 56/2002, p. 651.

⁷⁹ Cauza *Marciano v. Nakash*, 535, A.2d 400, n.3, Curtea Supremă din Delaware, 1987, pct. 34.

Proba corectitudinii și a echității are atât un rol procedural, cât și o componentă de substanță. Totuși, proba nu se va bifurca între tranzacționare corectă și preț corect, ci toate aspectele vor fi evaluate ca un întreg, întrebarea care se pune fiind una de *entire fairness*⁸⁰. Proba corectitudinii și a echității nu este atât de pretențioasă precum pare la prima vedere și nu impune administratorilor să demonstreze perfecțiunea deciziilor asumate. În ciuda definiției vaste oferită de jurisprudența obligației de loialitate, proba corectitudinii și a echității nu se aplică tuturor conflictelor de interese în care sunt implicați administratorii, dar întotdeauna în cazul contractului cu sine însuși⁸¹. Exemplele clasice se referă la un administrator care reprezintă ambele părți ale operațiunii, care obține un beneficiu personal ori la relațiile de prietenie între administratori⁸².

O comparație între standardul de conduită și standardul de evaluare al obligației de loialitate arată că există atât asemănări, cât și deosebiri semnificative. Standardul de conduită pretinde mai mult efort al administratorului decât standardul de evaluare. Pe de-o parte, standardul de evaluare este semnificativ mai limitat decât standardul de conduită, deoarece se concentrează în principal, dacă nu chiar exclusiv, asupra conflictelor de interese care se ridică la nivelul contractelor cu sine însuși. Pe de altă parte, odată ce această problemă este clarificată, standardul de evaluare este destul de exigent prin aceea că, impune administratorilor sarcina probei în chestiunea corectitudinii și a echității, inclusiv în anumite jurisdicții de drept continental. Cu alte cuvinte, reclamanții nu trebuie să probeze o conduită defectuoasă, ci doar un conflict de interese perceptibil sau identificabil, iar administratorii sunt cei care trebuie să demonstreze faptul că nu au comis nicio greșeală prin abordarea aleasă.

⁸⁰ Cauza *Weinberger*, *supra* 758, pct. 701.

⁸¹ Cauza *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, *supra* 302, care citează cauza *Aronson v. Lewis*, *supra* 581.

⁸² A se vedea Velasco, J., *art. precitat supra* 816, p. 856. Instanțele au respins adesea acțiunile întemeiate pe aceste motive, chiar și în circumstanțe extreme. În *Beam ex. rel. Martha Stewart Living Omnimedia Inc. v. Stewart*, A.2d. 1040, 1050, anul 2004, Curtea Supremă din Delaware a apreciat că „există multe motivații, chiar și prietenia, care pot influența o investigație. Însă pentru a califica un administrator ca fiind lipsit de abilitatea de a aprecia cerințele la un moment dat, relația trebuie să fie una care produce ea însăși motive de îndoială. Nu toate prietenii se ridică la acest nivel. Instanțele nu pot interveni în mod rezonabil referitor la capacitatea acelei prietenii de a influența o decizie, fără să dețină informații factice care să susțină această concluzie”.

Cea de-a treia paradigmă cuprinde diferite standarde de evaluare care privesc în esență același aspecte, respectiv imparțialitatea structurală sau funcțională a administratorului. Termenul „parțialitate structurală” se referă în general la avantajele pe care le au membrii consiliului de administrație ca urmare a relațiilor interumane. Această părtinire este rezultatul culturii comune, a empatiei și colegialității existente între majoritatea administratorilor, a dependenței sau a legăturii economice sau psihologice față de executivii societății, dar și rezultatul procesului de selecție a administratorilor și a socializării, proces dominat de administratorii în funcție⁸³.

Parțialitatea structurală, *structural bias*, este o formă de conflict, dar una slab perceptibilă de către instanțe. Deși se află în câmpul de aplicare al obligației de loialitate, acest mecanism nu implică automat o încălcare a acesteia. Aceste cazuri deosebite au contribuit la nașterea și dezvoltarea unor standarde intermediare de evaluare, atunci când nici regula judecății de afaceri și nici proba corectitudinii și a echității nu sunt potrivite. Cea de-a treia paradigmă a fost numită în doctrină „testul caracterului rezonabil”. Termenul „rezonabil” implică *per se* o analiză moderată a conținutului deciziei de afaceri.

Cea de-a patra paradigmă acoperă ceea ce se înțelege de obicei prin încălcarea bunei-credințe: o conduită defectuoasă intenționată. Legea nu doar prezumă buna-credință, ci și impune administratorilor să acționeze cu bună-credință⁸⁴. Omisiunea de a acționa cu bună-credință poate fi demonstrată de exemplu în situațiile în care titularul obligațiilor fiduciare acționează în mod intenționat în alt scop decât cel al promovării interesului suprem al societății, dacă acționează cu intenția de a eluda prevederile legale aplicabile sau demonstrează o neglijare conștientă a îndatoririlor sale⁸⁵. O încălcare a bunei-credințe implică o conduită care este atât intenționată, cât

⁸³ A se vedea Velasco, J., *art. precitat supra* 816, p. 824; Eisenberg, M. A.: *The Structure of the Corporation, A Legal Analysis*, Ed. BeardBooks, Washington D.C., 1976, p. 145 și Coffee, J. C., Schwartz, D. E.: *The Survival of the Derivative Suit. Evaluation and Proposal for a Legislative Reform*, Columbia Law Review nr. 81/1981, p. 283.

⁸⁴ Bainbridge, S. M., Lopez, S., Oklan, B.: *The Convergence of Good Faith and Oversight*, University of California Los Angeles Law Review nr. 55/2008, p. 591.

⁸⁵ Pe lângă cauza *Stone v. Ritter*, *supra* 817, Curtea Supremă din Delaware explică problema stabilirii naturii bunei-credințe în cauzele Disney, *In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906, A.2d 27, și *re The Walt Disney Co. Derivative Litigation* 907, A.2d, 693, 2005.

și greșită. Cu alte cuvinte, buna-credință conține și o componentă obiectivă⁸⁶. Este evident că intenția subiectivă de a prejudicia interesele acționarilor este suficientă. În aceeași măsură ar fi suficientă și simpla intenție de a încălca legea, chiar dacă ar fi motivată de dorința avantajării acționarilor, la fel ca și intenția ocolirii responsabilităților. Observăm că, potrivit celei de-a patra paradigme, reclamanții pot proba o încălcare a obligațiilor fiduciare prin dovedirea încălcării intenționate a standardului de diligență și prudență sau a standardului de loialitate. Acest aspect este relevant datorită divergenței dintre standardul de conduită și standardul de evaluare în guvernanta corporativă. Inițial, sarcina probei incumbă reclamantului, care trebuie să dovedească o conduită intenționat eronată a administratorilor, fără să stabilească neapărat o rea-intenție. Odată ce acest aspect a fost stabilit, sarcina probei se deplasează la administratorii care trebuie să își justifice acțiunile.

În fine, este interesant cum cea de-a patra paradigmă diferă de cea de-a doua. A doua paradigmă se bazează pe obligația de loialitate și se concentrează pe conflictele de interese cu implicații materiale, specifice contractului cu sine însuși. Sarcina probei incumbă administratorilor care trebuie să dovedească existența unui comportament absolut corect față de acționari. A patra paradigmă se bazează pe buna-credință și se concentrează pe conduita defectuoasă intenționată. Potrivit acesteia, acționarii au sarcina probei de a stabili că administratorii s-au angajat în conduite defectuoase intenționate. Ca și standarde de evaluare, cele două sunt complet diferite.

Cea de-a cincea paradigmă, a caracterului rațional, acoperă substanța deciziilor de afaceri și o serie de concepte legale, inclusiv abuzul, irosirea și caracterul irațional. Pentru a determina o încălcare a obligației fiduciare conform celei de-a cincea paradigme, reclamanții au sarcina dovedirii faptului că valoarea care a revenit societății dintr-o afacere este atât de disproporționată, încât orice persoană cu o judecată de afaceri obișnuită și rezonabilă ar aprecia că aceasta este inechitabilă. Astfel, angajarea răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare se poate fundamenta pe

⁸⁶ A se vedea Bainbridge, S. M., et al., *art. precitat supra* 826, p. 23. Ca reacție a acestei teorii, au apărut opinii contrare în doctrină. A se vedea de exemplu Strine, L. E. Jr.: *Loyalty's Core Demands. The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, *Georgetown Law Journal* nr. 98/2010, p. 629, care sugerează că buna-credința ar fi subiectivă în întregul ei, fiind un mod de gândire și o stare de spirit care ar trebui să motiveze un mandatar loial.

substanța unei decizii de afaceri, însă doar în circumstanțe extreme. Acționarii pot stabili că decizia nu are nici un scop de afaceri rațional sau este asociată unei irosiri a activelor societății⁸⁷.

10.1. Buna-credință ca liant al standardelor de evaluare

222. Buna-credință reprezintă o premisă indispensabilă a îndeplinirii obligațiilor fiduciare și o mare parte a doctrinei a apreciat că cele două obligații fiduciare clasice pot fi privite ca și reprezentări ale buneii-credințe (Figura 11). Dovedirea relei-credințe este extrem de dificilă, dar obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate pot fi privite ca instrumente pentru determinarea buneii-credințe. Simpla lipsă a diligenței sau existența unui conflict de interese nu indică *per se* reaua-credință. Totuși, dacă un administrator denotă o lipsă exagerată de diligență, respectiv dacă este caracterizat de neglijență gravă, sau dacă se află într-un conflict de interese și nu poate dovedi faptul că operațiunea a fost încheiată în mod corect, se va putea trage concluzia rezonabilă, că acțiunile sale nu au fost întreprinse cu bună-credință. Cu alte cuvinte, neglijența gravă și lipsa de corectitudine pot fi considerate semne obiective ale relei-credințe și, dacă vor fi dovedite, administratorii vor răspunde ca și cum ar fi acționat cu rea-credință.

Aceste teorii au fost combătute de susținătorii faptului că buna-credință ar fi un sub-element al obligației de loialitate⁸⁸. Pot exista situații în care un administrator acționează cu bună-credință subiectivă și totuși nu este loial, de exemplu dacă este interesat într-o operațiune supusă probei corectitudinii și a echității și poate dovedi corectitudinea și echitatea financiară. Aceleași argumente ar putea fi valabile și în relația dintre

⁸⁷ A se vedea *ALI Principles*, *supra* 207, par. 1.42, 1994, „o operațiune reprezintă o irosire a activelor societății dacă implică o cheltuială a fondurilor pentru care nu se primește niciun câștig în schimb și pentru care nu există nici un scop comercial rațional sau dacă se primește o indemnizație și valoarea acesteia este atât de nepotrivită, încât nicio persoană cu o judecată de afaceri obișnuită și rezonabilă nu ar aprecia că prețul plătit de societate ar fi meritat să fie cheltuit în acest scop”.

⁸⁸ A se vedea *Strine, L. E., art. precitat supra* 828. Similar, în cauza *Gutman v. Huang*, 823, A.2d, 2003, pct. 492, Curtea Supremă din Delaware a apreciat că „un administrator nu poate acționa în mod loial față de societate doar dacă acționează în convingerea de bună-credință că acțiunile sale sunt în interesul suprem al societății”.

loialitate și diligență și prudență, respectiv pot exista situații în care un administrator acționează cu bună-credință subiectivă și totuși nu este diligent și prudent. De exemplu, el are intenția de a obține un beneficiu pentru societate și totuși denotă neglijență gravă. S-a menționat în doctrină faptul că nu există nici un caz în care administratorul să acționeze cu rea-credință subiectivă față de societate și în același timp cu diligență și prudență, deoarece un administrator care acționează cu rea-credință nu prezintă diligență și grijă față de societate⁸⁹. Deosebirea dintre obligațiile pentru care legea permite mecanisme de exonerare și celelalte este doar faptul că anumite încălcări ale obligațiilor fiduciare sunt mai grave decât altele. Teoreticienii în cauză explică bifurcarea obligațiilor fiduciare între diligență și prudență și loialitate. Mergând mai departe, doctrina încearcă să explice noțiunea de *structural bias* prin diferențierea între obligația clasică de loialitate și buna-credință⁹⁰, dar imparțialitatea este evident amendată de buna-credință. Se face diferența între conduita defectuoasă intenționată și caracterul parțial (*structural bias*), care sunt moduri de încălcare a bunei-credințe. Apreciem că această abordare complică nejustificat interpretarea obligațiilor fiduciare și neglijează diferențele fundamentale dintre bună-credință și loialitate.

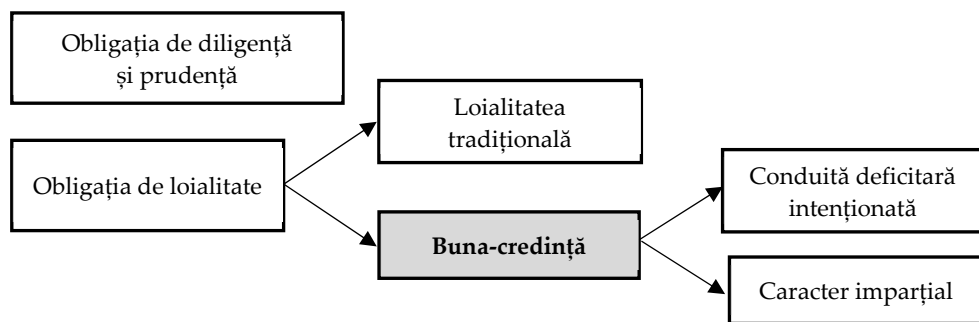


Figura 11. Reprezentarea obligațiilor fiduciare după modelul diadic în common law – includerea bunei-credințe în obligația de loialitate⁹¹

⁸⁹ Johnson, L.: *Rethinking judicial review of director care*, Delaware Journal of Corporate Law nr. 24/1999, p. 809.

⁹⁰ A se vedea Strine, L. E., art. precitat supra 828 și Hill, C. A., McDonnel, B. H., art. precitat supra 786.

⁹¹ Adaptare după Velasco, J., art. precitat supra 816, p. 1290.

Deși nu îmbrățișăm această teorie, observăm că prezintă avantajul sublinierii distincției dintre obligațiile a căror încălcare este scuzabilă și cele a căror încălcare nu poate fi înlăturată statutar sau legal. Discuțiile doctrinare sunt între formularea diadică sau triadică a obligațiilor fiduciare, însă am arătat că, un număr de teoreticieni au propus o schemă de cinci obligații fiduciare. Prima obligație fiduciară este obligația de diligență și prudență în sens clasic, a doua este obligația de loialitate, iar a treia, buna-credință, operează în cazurile de conduită deficitară intenționată. Cea de-a patra obligație creată de această teorie este obligația de a fi obiectiv și acoperă părtinirea și prejudecățile. Ultima obligație este aceea de a fi rațional și se referă la conținutul deciziilor de afaceri. Dezbaterea doctrinară cu privire la numărul obligațiilor fiduciare poate crea confuzii și este, în definitiv, lipsită de relevanță, atâta vreme cât se asigură conservarea complexității inerente a obligațiilor fiduciare, fie că sunt percepute după modelul bifurcației, a triadei obligațiilor fiduciare sau a teoriei celor cinci obligații.

223. Doctrina a creat modele în care obligația de loialitate și buna-credință ar putea fi concentrate în câmpul standardului de evaluare complex al loialității. În primul rând, testul corectitudinii și al echității, respectiv cea de-a doua paradigmă, ar putea fi utilizat în cazurile în care se ridică întrebarea respectării bunei-credințe. În aceste situații, conduita deficitară intenționată ar fi evaluată într-o manieră mult mai strictă. O altă posibilitate ar fi aplicarea testului conduitei intenționat necorespunzătoare, adică cea de-a patra paradigmă, pentru cazurile care implică elemente ale obligației clasice de loialitate. În aceste scenarii, operațiunile încheiate de administrator în nume propriu ar fi evaluate mai superficial. În final, un standard de evaluare intermediar, situat între proba corectitudinii și a echității și testul conduitei intenționat necorespunzătoare, ar putea fi aplicat în toate situațiile. Astfel s-ar asigura respectarea îndeplinirii bunei-credințe, însă nu în aceeași măsură și respectarea obligației de loialitate, iar precizia identificării obligației ar fi sacrificată în beneficiul simplificării. Similar, obligația de diligență și prudență și obligația de a acționa rațional ar putea fi plasate sub același standard de evaluare amplu al obligației de diligență și prudență.

Prin utilizarea testului irosirii, cea de-a cincea paradigmă, evaluarea conduitei fiduciare ar deveni mult mai flexibilă.

224. Doctrina contemporană se împarte între teoreticienii care militează pentru reducerea numărului obligațiilor⁹² și cei care susțin simplificarea evaluării prin asocierea unui singur standard de evaluare fiecărei obligații fiduciare⁹³. Prima categorie propune trei standarde de evaluare care corespund în mare primelor trei paradigme ale angajării răspunderii. A doua grupă de teoreticieni plasează buna-credință între diligență și prudență și loialitate, standardele de evaluare fiind evaluarea intermediară, regula judecății de afaceri și proba corectitudinii și a echității. Făcând abstracție de lipsa caracterului rațional și de irosire, această teorie nu poate fi acceptată, deoarece buna-credință nu corespunde unei evaluări intermediare, ci impune un standard de evaluare diferit, în vreme ce pozițiile relative ale diligenței și prudenței și ale loialității sunt clare. Cu cât standardul de evaluare este mai strict, cu atât este mai probabil ca încălcarea obligației de loialitate să conducă la angajarea răspunderii (Figura 12). Caracterul obiectiv este analizat prin intermediul standardului intermediar și se poziționează între loialitate și diligență și prudență, iar buna-credință și caracterul rațional sunt analizate sub standarde de evaluare extrem de pretențioase și conduc rareori la angajarea răspunderii pentru încălcarea lor.

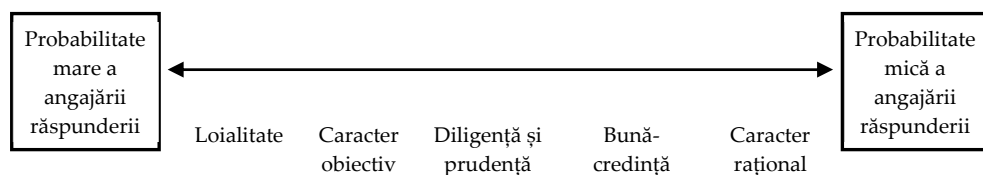


Figura 12. Angajarea răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare⁹⁴

⁹² Allen, W. T., Jacobs, J. B., Strine, L. E. Jr.: *Function over form: A reassessment of Standards of review in Delaware Corporation Law*, Business Law review vol. 56/2001, p. 1287.

⁹³ A se vedea Velasco, J., *art. precitat supra* 816, p. 845 și Hill, C. A. et. al., *art. precitat supra* 786, p. 1770.

⁹⁴ Fig. nr. 11, 12 și 13 sunt adaptări ale schemelor propuse de Velasco, J., *art. precitat supra* 816, pp. 1297-1299.

În cazul aplicării unor cauze de înlăturare a răspunderii, ierarhia se schimbă în mod considerabil (Figura 13).

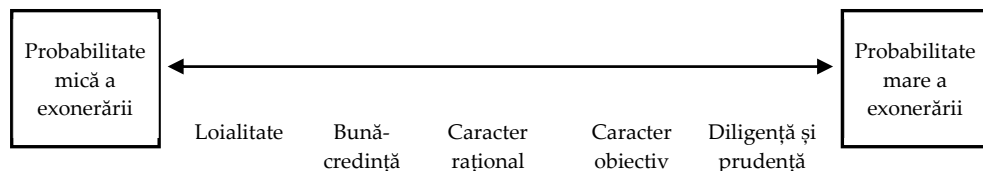


Figura 13. Angajarea răspunderii în cazul unei cauze de înlăturare a răspunderii

Cel mai probabil caz de angajare a răspunderii este încălcarea obligației de loialitate, în vreme ce încălcarea diligenței și prudenței, pentru care există mai multe cauze de exonerare, are mai puține șanse de a conduce la angajarea răspunderii. Angajarea răspunderii pentru încălcarea bunei-credințe este mai dificilă, deoarece sarcina probei incumbă reclamantului în majoritatea jurisdicțiilor. În mod neechivoc, conduita defectuoasă intenționată este cea mai gravă încălcare a standardelor de conduită, iar calitatea defectuoasă a deciziei de afaceri este cea mai scuzabilă eroare. Încălcarea obligației de loialitate este mai gravă decât încălcarea diligenței și prudenței deoarece implică conflicte de interese (Figura 14).

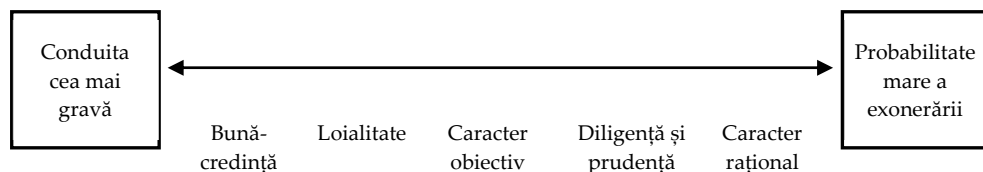


Figura 14. Gravitatea încălcării obligațiilor fiduciare

În urma studierii acestor modalități de organizare a obligațiilor fiduciare, observăm că secvențele variază în funcție de diferite criterii, cum ar fi probabilitatea angajării răspunderii, gravitatea încălcării sau sarcina probei, fiecare posibilitate conducând la rezultate diferite. Este însă incontestabil că nu poate exista o înșiruire liniară fixă a obligațiilor fiduciare.

10.2. Unificarea standardelor de evaluare

225. Există două modele posibile pentru determinarea relației dintre regula judecătii de afaceri și proba corectitudinii și a echității. Primul model al calificării acestei relații este încetățenit în conștiința teoreticienilor și a practicienilor, și singurul care a existat până în anul 1993. Conform modelului tradițional, cele două standarde sunt complet independente unul față de celălalt. Potrivit celui de-al doilea model, „Modelul Delaware”⁹⁵, regula judecătii de afaceri și proba corectitudinii și a echității sunt strâns legate una de cealaltă și formează un standard de evaluare unificat. Fiecare caz care implică o posibilă încălcare a unei obligații fiduciare începe prin aplicarea regulii judecătii de afaceri, care îi conferă prezumția îndeplinirii obligațiilor fiduciare de către administratori. Dacă acționarii reușesc să răstoarne această sarcină, administratorii au sarcina probei în ceea ce privește corectitudinea operațiunii.

În prezent, Modelul Delaware (Figura 15) pare să fie regula în dreptul anglo-saxon, deși a fost subiectul multor critici doctrinare⁹⁶. Diferențele dintre cele două modele nu se dovedesc a fi mari în practică, precum ar părea la o primă vedere. În cazurile de aplicabilitate a obligației de loialitate, prezumția regulii judecătii de afaceri este ușor de răsturnat de simpla existență a unei operațiuni în conflict de interese, iar dezbaterele se concentrează asupra probei corectitudinii și a echității. În cazurile de diligență și prudență, prezumția instituită de regula judecătii de afaceri este rareori răsturnată⁹⁷, astfel încât proba corectitudinii și a echității se aplică foarte rar. Modelul tradițional rămâne, din raționamente practice, descrierea acurată, deși nu tocmai actuală, a dreptului obligațiilor fiduciare din dreptul anglo-saxon.

⁹⁵ A se vedea Velasco, J., *art. precitat supra* 816, p. 1306.

⁹⁶ Bishop, C. G.: *Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law*, Michigan State Law Review nr. 905/2007, p. 918, Johnson, L., *art. precitat supra* 831, p. 630, Allen, W. T. et al., *art. precitat supra* 834, p.1301 și Jacobs, C.: *Judicial Standards of Review of Corporate Fiduciary Action*, Delaware Journal of Corporate Law nr. 26/2001, p. 1002-1004.

⁹⁷ Înaintea pronunțării soluției în cauza *Van Gorkom*, jurisprudența în materia obligației de diligență și prudență conținea foarte puține cazuri de angajare a răspunderii administratorilor. A se vedea Allen, W. T. et al., *art. precitat supra* 834, p. 641.

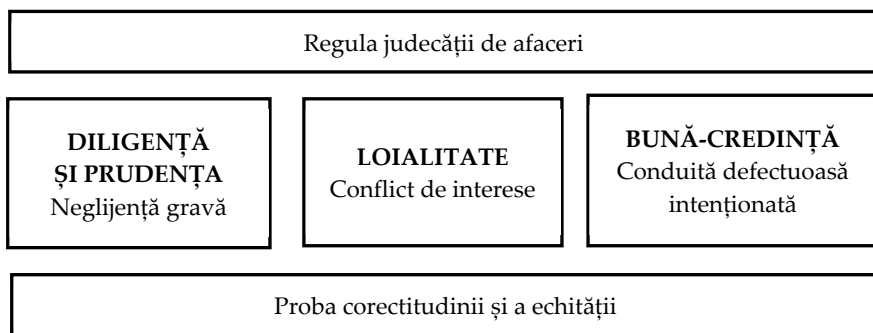


Figura 15. Relația dintre regula judecății de afaceri și proba corectitudinii și a echității (Modelul Delaware)⁹⁸

În cauza *Unocal* am constatat că standardul de evaluare aprofundată nu poate fi asimilat unui filtru între regula judecății de afaceri și proba corectitudinii și a echității, ci este mai degrabă un prag înainte de conferirea protecției regulii. Această investigație are valoarea unui instrument de determinare a obligației fiduciare încălcate într-o anumită situație, respectiv dacă se identifică încălcarea obligației de loialitate, se va aplica proba corectitudinii și a echității, iar dacă se constată aplicarea elementelor de diligență și prudență, se va aplica regula judecății de afaceri. Modelul *Unocal* este cel mai simplu model al obligațiilor fiduciare (Figura 16).

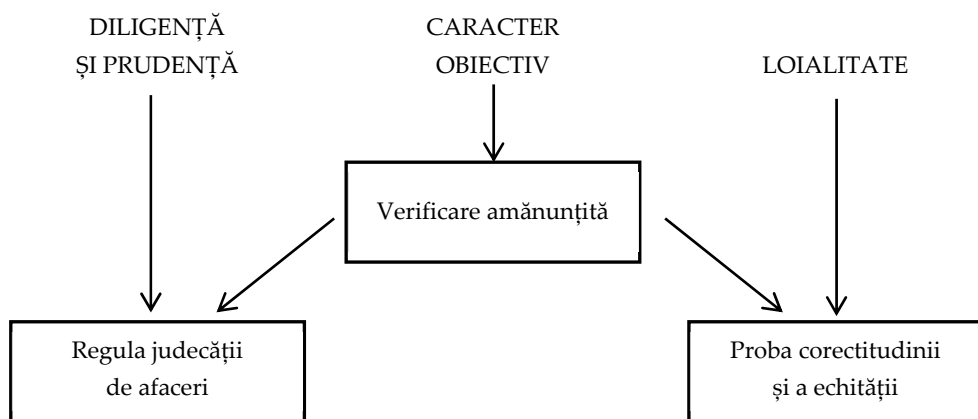


Figura 16. Verificarea amănunțită de tip Unocal – standardul de evaluare aprofundată

⁹⁸ Adaptare după Velasco, J., art. precitat supra 816, p. 1308.

226. Investigarea corectitudinii și a echității este mai complexă în cazurile în care se verifică existența bunei-credințe, deoarece întrebarea este dacă, în ciuda unei conduite defectuoase intenționate, ar fi corect să nu se angajeze răspunderea administratorilor. Deși poate părea dificil să ne imaginăm o astfel de situație, care să treacă proba corectitudinii și a echității, aceste situații apar destul de des în practica guvernantei corporative. Un prim exemplu ar fi situația în care, în ciuda unei conduite defectuoase intenționate a administratorilor, chiar a unor acțiuni săvârșite cu rea-credință, acționarii nu au suferit niciun fel de prejudiciu, material sau imaterial. Din punct de vedere moral, angajarea răspunderii administratorilor pare evidentă, dar fundamentul legal este dificil de identificat. O a doua situație este aceea în care, în lipsa unei intenții rele, buna-credință acoperă orice intenție de a prejudicia, pe care legea ar considera-o defectuoasă. De exemplu, buna-credință ar acoperi o încălcare intenționată a unei norme de drept, dar nu se naște neapărat dintr-o intenție negativă⁹⁹.

Conform Modelului tradițional, fiecare dintre obligațiile fiduciare ar reprezenta una dintre cele cinci paradigme de angajare a răspunderii unei obligații fiduciare (Figura 17). Astfel, ar exista cinci standarde de evaluare, fără necesitatea unificării lor sub aceeași teorie, ci mai degrabă fiecare test ar fi ajustat pentru circumstanțe specifice.

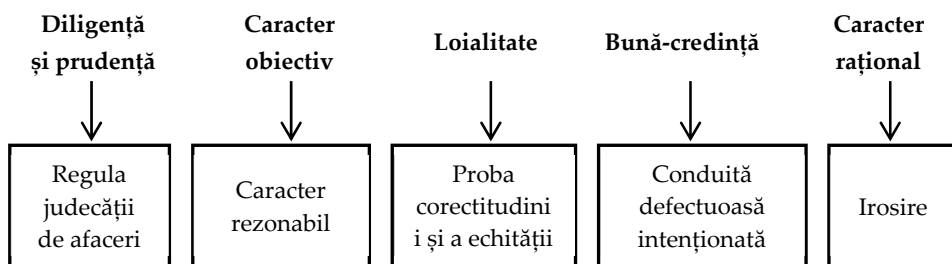


Figura 17. Cele cinci obligații fiduciare în cadrul modelului tradițional

Litigiile care au ca obiect încălcarea obligației de diligență și prudență vor fi evaluate conform primei paradigme, sau regula judecății de afaceri, care va fi înțeleasă ca un standard de evaluare. Este posibil să se păstreze

⁹⁹ Cauza *Blasius*, *supra* 779, pct. 660-661.

efectul prezumției instituit de regulă, ceea ce înseamnă că reclamanții vor trebui nu doar să invoce neglijență, ci și să prezinte dovezi convingătoare pentru a demonstra neglijența gravă. Astfel, prezumția reprezintă un efect al regulii, iar standardul evaluării diligenței și prudenței ar fi în acest caz neglijența gravă¹⁰⁰. În multe cazuri însă, problema reală nu va fi aceea a existenței prejudiciului, ci a raportului de cauzalitate.

Pretențiile de încălcare a obligației de loialitate vor fi evaluate conform celei de-a doua paradigme, sau proba corectitudinii și a echității. Reclamantul va trebui să demonstreze doar existența unui conflict de interese care se ridică la nivelul unui contract cu sine însuși, sarcina probei transferându-se automat administratorilor, care vor trebui să demonstreze corectitudinea și echitatea absolută a operațiunii.

Pretențiile referitoare la încălcarea caracterului obiectiv vor fi evaluate conform celei de-a treia paradigme, sau testul caracterului rezonabil. Aplicarea acestei paradigme este mai complicată, deoarece acționarii vor avea nu doar sarcina probei în ceea ce privește stabilirea unei situații de imparțialitate, dar și în ceea ce privește o decizie nerezonabilă a administratorilor¹⁰¹.

Buna-credință va fi evaluată conform celei de-a patra paradigme. Reclamanții vor avea sarcina dificilă de a stabili o conduită defectuoasă intenționată. Dacă reușesc să o dovedească, administratorii vor avea sarcina și mai dificilă de a oferi o justificare convingătoare.

Caracterul rațional va fi evaluat conform celei de-a cincea paradigme, sau testul irosirii, când reclamanții vor dovedi caracterul nerațional al conduitei administratorilor, care a condus la irosirea resurselor.

Diferențele practice dintre Modelul Delaware și Modelul tradițional sunt nesemnificative, în fiecare caz, se va aplica „prezumția de nevinovăție a pârâtului”, reclamantul având sarcina probării contrariului. Dacă reclamantul reușește să răstoarne prezumția, sarcina probei se deplasează în sarcina pârâtului. Considerăm Modelul Delaware superior Modelului tradițional, fiind mai simplu, mai clar și mai sensibil particularităților. Chiar dacă nu împărtășim teoria celor cinci obligații fiduciare, această abordare

¹⁰⁰ Cauza *Aronson v. Lewis*, *supra* 581, pct. 812.

¹⁰¹ A se vedea Velasco, J. *art. precitat supra* 816, pp. 876-879.

oferă un cadru robust pentru discuții doctrinare și, eventual, pentru crearea unor obligații fiduciare subsidiare sau elemente constitutive ale obligațiilor fiduciare deja consacrate.

11. Standardele de evaluare în unele state membre UE

227. După cum am arătat anterior, în evoluția standardelor de evaluare din *common law*, proba corectitudinii și a echității a reprezentat timp de mai multe decenii regula aplicată de instanțe. În urma constatării ineficienței acesteia în anumite situații, în care reclamanții nu făceau dovada *prima facie* a lipsei bunei-credințe, instanțele au reținut că aplicarea acestui standard impune o sarcină excesivă în dezavantajul administratorilor de bună-credință, acestora fiindu-le aproape imposibil să își demonstreze judecata rezonabilă și buna-credință. Regula judecății de afaceri a apărut astfel ca o reacție a jurisprudenței la caracterului strict și inflexibil al probei corectitudinii și a echității, pentru împiedicarea aplicării acestui standard în cazurile în care, iar în lipsa unui conflict de interese sau a relei-credințe, acesta nu este oportun. Din analiza jurisprudențială prezentată, este interesant să extragem observația că, în practica judiciară a secolului XXI, regula judecății de afaceri este primul șablon utilizat de instanțele de *common law* în evaluarea judiciară a conduitei fiduciare, fiind înlocuită de standardele expuse în cazul în care reclamanții reușesc să dovedească inaplicabilitatea acesteia.

În dreptul continental se observă o evaluare similară a conduitei titularilor obligațiilor fiduciare, prin utilizarea aceluiași criterii, însă standardele de evaluare nu sunt clasificate în funcție de existența unui conflict de interese, ci în funcție de rigiditatea acestora. Apreciem că elementul definitoriu pentru determinarea aplicabilității unui anumit standard este tot conduita obiectivă a unui bun administrator, cu considerarea rolului și poziției sale specifice.

Indiferent dacă au ales să reglementeze în mod expres obligațiile fiduciare ale administratorilor societari, toate statele membre adresează într-o manieră sau alta administrarea defectuoasă sau lipsită de diligență și

prudență¹⁰². Este evident la o primă observare a prevederilor legale din dreptul comparat că, până și în statele cu tradiție juridică comună, se întâlnesc interpretări cât se poate de variate, datorită politicilor legislative diferite. Totuși, evoluția standardelor de evaluare nu poate fi pusă mereu pe seama tradiției juridice, deoarece observăm similitudini ale standardului de diligență și prudență între sisteme de drept diferite.

11.1. *Standardul de diligență și prudență*

228. În mod tradițional, instanțele britanice impun administratorilor exercitarea unui grad mai ridicat de diligență decât cel care poate fi așteptat în mod rezonabil de la o persoană care are cunoștințele și experiența administratorului (testul subiectiv). Totuși, regula judecății de afaceri a împiedicat angajarea răspunderii administratorilor mai puțin calificați pentru pierderile suferite de societate, chiar și atunci când majoritatea persoanelor rezonabile ar fi privit o decizie de afaceri ca fiind neglijentă. Astfel, jurisprudența a completat testul subiectiv cu o examinare obiectivă a conduitei administratorilor, preluată din Legea britanică a insolvenței din anul 1986. Aceasta prevedea că, administratorul datorează societății exercițiul aceluiași standard de prudență, pricepere și diligență, care ar fi exercitat de o persoană rezonabil de diligență cu:

- a. cunoștințele, pricepera și experiența care pot fi așteptate în mod rezonabil de la o persoană care îndeplinește aceleași funcții în relația cu societatea (un test obiectiv);
- b. cunoștințele generale, pricepera și experiența pe care administratorul le are în mod concret (un test subiectiv).

Prin secțiunea 174 – *duty to exercise reasonable care, skill and diligence*, *UK Corporation Act 2006* codifică o abordare controversată, care pune însă capăt testului subiectiv încetățenit în jurisprudență. Norma legală instituie un standard care este așteptat în mod obiectiv de la o persoană în poziția

¹⁰² Spre exemplu, Olanda nu a reglementat în mod expres obligația de diligență și prudență, însă Codul Civil olandez prevede în art. 2:9 alin. 1 că administratorii sunt obligați să asigure „buna îndeplinire a sarcinilor atribuite”.

administratorului, un standard care poate fi ridicat prin elementul subiectiv al probei cunoștințelor, abilităților sau al competențelor specifice.

229. Doctrina din dreptul european a distins între trei tipuri de standarde de evaluare a conduitei fiduciare în ceea ce privește obligația de diligență și prudență, clasificarea fiind realizată în funcție de caracterul strict sau flexibil al etalonului¹⁰³.

Standardul obiectiv stabilește un etalon minim, o conduită minimală așteptată de la orice persoană care ocupă o funcție de administrare, care reflectă standardul unui profesionist prudent și rezonabil, cu cunoștințe și experiență medie, care pot fi așteptate de la o persoană care ocupă o poziție similară și își desfășoară activitatea în circumstanțe asemănătoare.

Cel de-al doilea standard, care prezintă atât caracteristici ale evaluării obiective, cât și ale analizei subiective, pe care îl vom numi *standardul mixt*, dezvoltă același standard obiectiv cu mențiunea că, acest standard poate fi ridicat când administratorul a cărui decizie de afaceri face obiectul evaluării, deține competențe specializate sau experiență în domeniu și se așteaptă de la acesta să își avanseze aceste abilități în beneficiul societății administrate.

Standardul cel mai flexibil și mai puțin oneros este *standardul subiectiv*, cu cele mai multe excepții de aplicare a criteriilor obiective, precum lipsa cunoștințelor medii, lipsa experienței, ocuparea unei poziții de administrator neexecutiv, etc. Deși pornește de la același standard de conduită obiectiv al obligației de diligență și prudență, pierde nuanțele obiective.

Tabel 3. Clasificarea standardelor de evaluare
în statele membre ale Uniunii Europene

Standard de evaluare	Caracteristici	Jurisdicții
Standard obiectiv	– conduită minimă, standardul unui profesionist prudent, cu cunoștințe și experiență medie într-o poziție similară	Austria, Belgia, Bulgaria, Cehia, Germania, Danemarca, Estonia, Finlanda, Ungaria, Lituania, Olanda, Polonia, Portugalia, România, Slovacia, Slovenia, Spania

¹⁰³ Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E. P.: *Study on Directors' Duties and Liability, prepared for the European Commission*, Department of Law, London School of Economics, Londra, 2013, p. 105.

Standard de evaluare	Caracteristici	Jurisdicții
Standard mixt	<ul style="list-style-type: none"> – trăsături ale evaluării obiective și subiective – conduită minimă așteptată – standardul unui profesionist prudent, cu cunoștințe și experiență medie într-o poziție similară – poate fi ridicat în cazul unor competențe specializate 	Croația, Franța, Italia, Lituania, Malta, Marea Britanie, Irlanda ¹⁰⁴
Standard subiectiv	– cel mai flexibil și mai puțin oneros	Cipru, Grecia, Luxemburg

Observăm în Tabelul 3 că marea majoritate a statelor optează pentru standardul mixt sau pentru standardul obiectiv. Standardul obiectiv este o reflectare a definiției generale a neglijenței din dreptul național, adaptată la mediul de afaceri, însă în practică, instanțele verifică în general și cunoștințele și abilitățile administratorului pârât¹⁰⁵, astfel încât un standard pur obiectiv nu este aplicat aproape niciodată în dreptul continental. Conținutul standardului de evaluare obiectiv și al standardului de evaluare mixt sunt similare în ceea ce privește așteptările de la conduita administratorului, respectiv angajarea răspunderii este probabilă în cazul în care prejudiciile cauzate prin decizia de afaceri puteau fi evitate prin avansarea rezonabilă a cunoștințelor și experienței. În ciuda diferențelor de abordare, se observă o tendință de convergență a jurisprudenței din statele membre către aplicarea unui standard de evaluare mixt, caracterizat cu precădere de o analiză judiciară obiectivă a neglijenței, însă fără ignorarea calităților personale ale administratorului.

230. În aplicarea standardului de evaluare a diligenței și prudenței, instanțele vor verifica în primul rând diligența procedurală și substanțială exercitată de administrator în momentul luării deciziei de afaceri. Pentru stabilirea sarcinii probei, criteriul relevant este, în principal, reglementarea

¹⁰⁴ Influențele dreptului britanic asupra jurisprudenței irlandeze sunt reflectate printr-un standard de diligență și prudență caracterizat cu precădere de elemente subiective, conduita fiind evaluată în funcție de deficiențele individuale. Deși *Companies Act 2006* a reglementat un standard mixt, evaluarea judiciară are loc în continuare într-un mod flexibil și apropiat standardului subiectiv.

¹⁰⁵ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 845, p. 75.

sau implicarea jurisprudențială a regulii judecătii de afaceri. Un număr semnificativ de state care reglementează sau aplică regula judecătii de afaceri impun administratorilor dovedirea îndeplinii obligației de diligență și prudență¹⁰⁶. Apreciem că în jurisdicțiile în care administratorul are sarcina inițială a probării diligenței și prudenței, regula judecătii de afaceri nu și-a atins obiectivul, deoarece efectul principal al regulii este crearea unei prezumții judiciare că administratorul pârât a acționat cu bună-credință, în mod informat și în avansarea obiectivelor societății. Ori, în lipsa instituirii acestei prezumții, litigiul se va desfășura ca o acțiune obișnuită de angajare a răspunderii, în care pârâtul va trebui să demonteze dovada *prima facie* a reclamantului.

Observăm că regulile privitoare la alocarea sarcinii probei sunt flexibile și permit nuanțări. O primă situație este delimitarea între obligațiile de mijloc și obligațiile de rezultat în state precum Franța, Belgia, Luxemburg și România, în care reclamantul are sarcina dovedirii încălcării obligațiilor de mijloc, care includ și obligația de a administra societatea prin avansarea intereselor ei¹⁰⁷. Reclamantii au sarcina dovedirii conduitei neglijente a administratorului, prin greșeli de administrare determinante de conduită imprudentă sau asumarea unor riscuri nerezonabile, neglijarea obligației de supraveghere sau încheierea unor contracte neavantajoase. În urma determinării încălcării obligației de diligență și prudență și a inaplicabilității regulii judecătii de afaceri, conform practicii instanțelor din Belgia și Luxemburg, sarcina probei este răsturnată, iar administratorul va trebui să își dovedească conduita diligență și prudență¹⁰⁸.

În ceea ce privește definiția legală sau interpretarea jurisprudențială a standardului de diligență și prudență, aceasta nu deosebește între poziția pe care o au administratorii în cadrul consiliului de administrație, dacă sunt

¹⁰⁶ Austria, Croația, Cehia, Estonia, Germania, Grecia, Ungaria, Italia, Lituania, Polonia, Portugalia, România, Slovenia.

¹⁰⁷ Spre deosebire de obligațiile fiduciare, obligațiile statutare sunt în general obligații de rezultat, precum participarea la ședințele consiliului de administrație, caz în care sarcina probei revine administratorului pârât.

¹⁰⁸ Cass. Com. 30.03.2010 n°08-17.841, FP-P+B+R+I, n° 08-17.841, *Fonds de garantie des dépôts (FGD) c/ Société Caribéenne de conseil et d'audit*, Cour de Cassation, 2010. Pentru jurisprudența belgiană, a se vedea Vandenbogaerde, M.: *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Ed. Intersentia, Cambridge, 2009, p. 63.

directori executivi sau administratori neexecutivi, standardul obiectiv fiind același indiferent de poziția ocupată. Observăm însă aplicări practice variate în cazul în care legiuitorul oferă o definiție legală a obligației de diligență și prudență, spre exemplu menționează în mod expres diligența și prudența pe care un profesionist le-ar demonstra „în circumstanțe similare”. Aceste cazuri se referă la ocuparea unor anumite poziții cheie, cum ar fi cea de director general, de președinte al comisiei de cenzori, sau al comitetului consultativ pentru elaborarea recomandărilor privind remunerarea membrilor directoratului. Deși nu este prevăzut de legea fiecărui stat, în practică, toate jurisdicțiile recunosc un standard de diligență diferit în funcție de context și de natura rolurilor administratorilor în cauză, spre exemplu prin diferențierea dintre standardul de diligență aplicabil unui director executiv față de un administrator neexecutiv care are program de lucru parțial.

231. Primul criteriu care poate determina diferențierea standardului de diligență și prudență este remunerația, acesta este în general un criteriu complementar avut în vedere de instanțe, pe lângă rolul funcției ocupate în concret de administrator¹⁰⁹. Anumite particularități jurisprudențiale se pot observa în Grecia, care în aplicarea standardului de evaluare are în vedere poziția ocupată de administrator, respectiv dacă este director executiv și i-au fost atribuite responsabilități concrete¹¹⁰. În mod similar, instanțele luxemburgheze aplică un standard mai oneros în cazul administratorilor remunerați, spre deosebire de cei care sunt acționari și ocupă o poziție de administrator fără a primi o compensație suplimentară. O abordare similară este prevăzută de legea belgiană, care aplică principiile generale ale mandatului, de aplicare a unui standard mai puțin oneros în cazul mandatului cu titlu gratuit¹¹¹.

Aceste diferențieri în funcție de criterii subiective reflectă veritabile variațiuni între standardul de diligență aplicat administratorilor executivi și neexecutivi, cu luarea în considerare a altor aspecte, precum rolul funcției. Totuși, nu se poate stabili o convergență clară a jurisprudenței din diferitele state, deoarece, deși standardul diligenței și prudenței este în mare parte

¹⁰⁹ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 845, p. 101.

¹¹⁰ Art. 22a alin. 2 din Legea elenă a societăților.

¹¹¹ Art. 1992 Cod Civil belgian.

unul mixt, valoarea pe care instanțele o acordă elementelor circumstanțiale diferă considerabil. Apreciem că evaluarea și echilibrarea acestor factori au nu doar un rol fundamental în interpretarea standardelor de evaluare, ci acestea contribuie și la determinarea standardului aplicabil.

232. A doua situație care poate determina modificarea standardelor de evaluare este contextul delegării anumitor sarcini. Toate jurisdicțiile din UE s-au preocupat într-un fel sau altul de delegarea atribuțiilor de administrator. În principiu, în niciun stat delegarea totală a atribuțiilor nu este posibilă, iar delegarea parțială nu implică și delegarea responsabilității de supraveghere a acestora¹¹². Specificitatea și detalierea acestui standard diferă însă substanțial. În vreme ce unele state nu reglementează deloc răspunderea pentru delegarea sarcinilor, în alte state, omisiunea supravegherii este privită ca o neglijență simplă. Marea Britanie, Germania și Olanda disting între diligența și prudența actului delegării, spre exemplu alegerea potrivită a delegatului, și obligația reactivă de a supraveghea sarcinile delegate.

Observăm că lipsa jurisprudenței obligațiilor fiduciare din anumite state se datorează parțial și lipsei unor norme legale specifice și comprehensive care să permită instanțelor dezvoltarea și aplicarea acestora, dar și dezvoltarea unor standarde de evaluare care să cuprindă obligațiile subsidiare. Din aceste considerente, standardele referitoare la supravegherea afacerii și a responsabilității în urma delegării sunt dintre cele mai variate, dar și imprecise și imprevizibile. În lipsa conturării legale a unor așteptări comportamentale, lipsește un fundament pe care jurisprudența să îl poată amplifica. Deși am menționat avantajele formulării obligațiilor fiduciare ca termeni expansibili, apreciem că lipsa reglementării acestora nu reprezintă o alternativă oportună pentru atingerea obiectivului flexibilității. În lipsa existenței unor standarde de conduită clare și a dezvoltării unor standarde de evaluare flexibile, administratorii se vor simți lipsiți de protecția legală și acționarii vor resimți puternica tensiune a dezechilibrului dintre autoritate și putere. Astfel, ei vor opta aproape mereu pentru revocarea administratorilor, ceea ce lipsește de valoare și de efect întreaga teorie a obligațiilor fiduciare.

¹¹² A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 845, p. 103.

Majoritatea sistemelor legale din UE nu conțin o formulare explicită a regulii judecătii de afaceri, ceea ce are ca efect, în primul rând, o putere discreționară a instanțelor de a interpreta așteptările de conduită aferente obligației de diligență și prudență și în al doilea rând riscul aplicării probei corectitudinii și a echității. Singurele jurisdicții care au optat pentru o interpretare similară a doctrinei abstențiunii, respectiv prin utilizarea naturii procedurale a regulii judecătii de afaceri, sunt Bulgaria și Marea Britanie, care reprezintă statele europene cu reglementarea obligației de diligență și prudență cea mai apropiată de formularea utilizată de jurisprudența din Delaware¹¹³.

11.2. *Standardul de loialitate*

233. Am arătat că obligația de loialitate nu este la fel armonizată în rândul statelor membre UE precum obligația de diligență și prudență, însă majoritatea statelor au reglementat într-un fel sau altul conflictele de interese. Deși prea puține state au reglementat expres doctrina oportunității de afaceri sau obligația de neconcurență, sistemele legale de tradiție franceză au adaptat principiile generale ale dreptului privat și ale contractului de mandat (Franța, Germania, Letonia și Polonia), alături de alte sisteme de tradiție *common law* (Cipru și Irlanda).

În cazul standardului de evaluare a obligației de loialitate, sistemul de administrare pentru care optează societatea joacă un rol deosebit de important. Sistemul dualist va funcționa ca un mecanism de echilibrare a conflictelor de interese și poate justifica absența unor reglementări exhaustive ale conflictului de interese. Majoritatea statelor reglementează prin norme exprese conflictul de interese, condiționând uneori prin norme legale sau jurisprudențial încheierea acestor operațiuni de informarea prealabilă sau obținerea unei autorizări din partea unui organ neinteresat, consiliul de administrație sau adunarea acționarilor¹¹⁴. În statele în care sistemul dualist de administrare este cel mai comun pentru societățile pe

¹¹³ Cauza *Brehm v. Eisner*, *supra* 582. Obligația de diligență și prudență este privită de doctrina bulgară ca fiind procedurală prin natura ei, a se vedea Codul guvernantei corporative din Bulgaria, preambul și art. 8.

¹¹⁴ Belgia, Bulgaria, Danemarca, Finlanda, Franța, Grecia, Letonia, Lituania, Olanda, Portugalia, România, Spania.

acțiuni, puterea de decizie în ceea ce privește conflictele de interese este de obicei atribuită consiliului de supraveghere¹¹⁵. Observăm că toate jurisdicțiile de *common law* au optat pentru condiționarea expresă a încheierii unor operațiuni în conflict de interese de aprobarea prealabilă din partea unui organ societar, fără ca administratorul în cauză să fie exclus de la participarea la votul de aprobare. În Cipru, Irlanda, Malta și Marea Britanie, legea nu interzice participarea administratorilor interesați la ședința de consiliu și la votul referitor la aprobarea operațiunii în conflict de interese, însă bunele practici incluse în Modelul de act constitutiv și Codul de guvernanță corporativă¹¹⁶ recomandă abținerea de la vot. Apreciem că acest aspect poate fi pus pe seama istoriei mai lungi a abordării jurisprudențiale a obligației de loialitate în jurisprudența de *common law*, în special în cea americană, și a deschiderii acestor sisteme spre reglementarea și aplicarea doctrinei oportunități de afaceri prin echilibrarea intereselor ambelor părți.

234. Legea franceză permite încheierea unei operațiuni în conflict de interese, dacă aceasta a fost aprobată în prealabil de consiliul de administrație, iar administratorul interesat nu a participat la vot, cu condiția ca acea operațiune să nu prejudicieze societatea, caz în care se impune aprobarea din partea acționarilor.

235. În statele în care se constată preferința pentru sistemul dualist de administrare, puterea decizională referitoare la operațiunea în conflict de interese este realocată către un organ cu puteri de supraveghere¹¹⁷ și se observă rareori reglementarea expresă a conflictului de interese sau a oportunităților de afaceri. Apreciem că o prevedere legală cu privire la conflictele de interese este mai oportună, deoarece abordează nu doar situațiile care sunt de natura obținerii unei aprobări a unui organ independent, ci și alte situații în care administratorul are un interes, precum încheierea unui contract cu o societate în care este acționar. Printr-o prevedere legală expresă, la fel ca în cazul obligației de diligență și prudență,

¹¹⁵ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 845, p. 145.

¹¹⁶ *UK Government Model articles of association for limited companies*, versiunea octombrie 2017 și *The UK Corporate Governance Code 2016*, redactat de Financial Reporting Council, Londra 2015.

¹¹⁷ Art. 112 din Legea germană a societăților pe acțiuni prevede autoritatea de decizie a consiliului de supraveghere în toate cazurile de conflict de interese sau în care un administrator este interesat.

jurisprudența ar putea dezvolta un caracter previzibil al câmpului de aplicație al standardului de conduită corespunzător.

236. Recurgerea la principiile generale de drept privat pentru aplicarea standardului de loialitate este comună în Ungaria, care prevede autorizarea din partea consiliului de administrație doar pentru societățile care nu sunt listate pe o piață publică¹¹⁸. Conform normelor referitoare la contractul de mandat, este interzisă dubla reprezentare. Legea olandeză reglementa până în anul 2012 conflictele de interese ca pe o problemă a reprezentării, respectiv administratorul în conflict de interese nu avea dreptul să reprezinte societatea, sub sancțiunea inopozabilității efectelor acestor operațiuni față de terți. Datorită caracterului imprevizibil al acestor reguli, legiuitorul a reglementat în anul 2013 interdicția expresă a administratorilor în conflict de interese de a participa la procesele decizionale în legătură cu acea operațiune.

237. Dezvoltarea unor interpretări variate în guvernanta corporativă din statele europene este inevitabilă. Observăm că obligațiile fiduciare nu sunt atât de diferite de la un stat la altul, chiar dacă structurile procedurale și cultura juridică nu permit o aplicare omogenă a acestora. Abordările guvernantei corporative variază în funcție de diferite aspecte de fapt, printre care și rolul tradițional al acționarilor și controlul permis. Majoritatea societăților listate din UE se supun normelor de dreptul societar, normelor de *soft-law* și principiului „*comply-or explain*”, care se referă inclusiv la bunele practici și la principiile de guvernanta corporativă. Dintr-o perspectivă a gestionării riscurilor, promovarea bunelor practici prin acest principiu reduce în mod semnificativ riscul de litigii al unei societăți în ceea ce privește actele și faptele administratorilor și ale salariaților cu prerogative executive.

Sistemele de drept societar din Europa se împart în trei categorii în funcție de puterea pe care acționarii o au asupra administrației, modelul supremației administrației, a supremației acționarilor și modelul mixt, România situându-se în categoria intermediară. În ciuda diferențelor, efectele politicilor legislative ale statelor membre sunt adesea similare. Este de remarcat că, deși obligațiile fiduciare sunt în mare parte reglementate,

¹¹⁸ Barcza, M., József, B. F.: *Corporate Governance and Directors' Duties: Hungary*, Thomson Reuters, Practical Law Review, London, 2011.

jurisprudența dezvoltă standarde de evaluare corespunzătoare standardelor de conduită codificate de legiuitor. În urma analizei comparative efectuate apreciem că în ciuda diferențelor dintre sistemul de *common law* și sistemul de drept civil, aceste distincții se pierd în contextul abordării globale și transnaționale a obligațiilor fiduciare.

12. Remarci conclusive

238. Regula judecății de afaceri este singurul standard care împiedică o evaluare judiciară a conținutului deciziei de afaceri, în vreme ce celelalte standarde de evaluare impun o analiză judiciară de o profunzime diferită. Împiedicarea evaluării judiciare este demonstrată în jurisprudența de *common law* prin alocarea sarcinii probei consiliului de administrație în situațiile de aplicare *Unocal*, *Revlon* și a probei corectitudinii și a echității (*Entire fairness test*). Cauzele de aplicare a standardelor *Unocal* și *Revlon* au evidențiat importanța participării administratorilor independenți la votul care a determinat exercitarea deciziei de afaceri. În situațiile acoperite de primul standard, independența membrilor consiliului de administratori a diminuat conflictul de interese, iar în câmpul de aplicare *Revlon*, instanțele vor considera doi factori suplimentari, prețul pieței și votul acționarilor.

Observăm că, în aplicarea standardelor *Revlon* și *Unocal*, cauzele de limitare operau odată cu aplicarea standardului, însă în cazul probei corectitudinii și a echității, aceste elemente schimbă standardul de evaluare la unul mai puțin strict. Mai mult, în cazul *Unocal*, votul acționarilor reprezintă doar o garanție a corectitudinii deciziei consiliului, pe când în aplicarea probei corectitudinii și a echității, votul acționarilor minoritari determină o flexibilizare a standardului de evaluare. Aceasta deoarece votul emis în cazul unei fuziuni reprezintă în majoritatea cazurilor un aspect important pentru orice acționar, care îi va atrage atenția, spre deosebire de luarea unei decizii de rutină.

Având în vedere respingerea testelor *Blasius* și *Schnell* de către jurisprudența de *common law*, care a demonstrat ineficiența acestora ca standarde de evaluare, apreciem că importul acestora în dreptul continental este improbabil, alegerea cea mai oportună pentru instanțele europene ar fi proba corectitudinii și a echității.

Deși jurisprudența a creat standarde diferite pentru a evalua în mod cât mai acurat situațiile specifice care pot apărea în cazul fuziunilor și a preluărilor ostile, practica a respins aplicarea automată a acestora, iar regula judecătii de afaceri și-a dovedit caracterul de neînlocuit, luând uneori locul probei corectitudinii și a echității. Standardul *Unocal*, care evaluează caracterul rezonabil și proporțional al tacticilor defensive utilizate de consiliul de administrație al unei societăți preluate prin analiza încălcării obligației de loialitate, a fost abandonat în favoarea standardului de evaluare aprofundată. În aceeași manieră, obligațiile de tip *Revlon*, declanșate în caz de schimbare a controlului societății, sunt în prezent evaluate tot conform standardului de evaluare aprofundată, cu luarea în considerare a criteriilor suplimentare expuse. Deși regula judecătii de afaceri nu reprezintă o protecție absolută a deciziei de afaceri informate și corecte a administratorilor care dovedesc o conduită rezonabilă, nuanțele interpretărilor din jurisprudența modernă descoperă mereu noi modalități de a pune în valoare această regulă. Criteriile suplimentare de evaluare nu poate fi neglijate, iar administratorii au înțeles să folosească în mod proiectiv și anticipativ aceste elemente care vor demonstra imparțialitatea lor, precum crearea unei comisii interne formată din administratori independenți, votul acționarilor minoritari și evaluarea prețului pieței relevante.

Majoritatea statelor membre UE optează pentru standardul mixt sau pentru standardul obiectiv. Standardul obiectiv este o reflectare a definiției generale a neglijenței din dreptul național, adaptată la mediul de afaceri, însă în practică, instanțele verifică în general cunoștințele și abilitățile administratorului pârât, astfel încât un standard pur obiectiv nu este aplicat aproape niciodată. În ciuda diferențelor de abordare, se observă o tendință de convergență a jurisprudenței din statele membre către aplicarea unui standard de evaluare mixt, caracterizat cu precădere de o analiză judiciară obiectivă a neglijenței, fără ignorarea calităților personale ale administratorului.

În lipsa unor standarde de conduită clare și a dezvoltării unor standarde de evaluare flexibile, administratorii se vor simți lipsiți de protecția legală și acționarii vor resimți puternica tensiune a dezechilibrului dintre autoritate și putere. Astfel, aceștia vor opta mereu pentru revocarea administratorilor, ceea ce lipsește de valoare și de efect întreaga teorie a obligațiilor fiduciare.

CAPITOLUL VI.

Obligațiile fiduciare datorate în contexte specifice

1. Obligațiile fiduciare ale administratorilor neexecutivi¹

1.1. *Considerații introductive*

239. Dintre efectele crizei financiare din 2007 asupra guvernantei corporative, sporirea obligațiilor administratorilor neexecutivi are o importanță deosebită. Creșterea rolului lor se observă în special cu privire la obligațiile, remunerarea acestor administratori și accesul lor la informație², în scopul asigurării îndeplinirii efective a funcției lor de monitorizare și a evitării avansării intereselor personale.

Prin natura funcției lor, administratorii neexecutivi controlează riscurile determinate de dezechilibrele de informație dintre cei care dețin capitalul și cei care dețin controlul unei societăți, cu condiția îndeplinirii efective a obligației de supraveghere. Totuși, această obligație subsidiară nu este de esența funcției administratorilor neexecutivi, aspect reflectat și în legislația unor state europene. Vom prezenta conținutul și obiectivele funcției administratorilor neexecutivi prin prisma elementelor obligației de diligență și prudență și ale obligației de loialitate, urmând ca analiza obligației de diligență și prudență să urmărească cele patru elemente identificate de doctrina clasică, deoarece apreciem că relevanța lor este mai mare în cazul obligațiilor administratorilor neexecutivi. Vom parcurge

¹ Obligațiile fiduciare ale administratorilor neexecutivi au fost analizate în lucrarea Ponta, A.: *Features of Non-Executive Directors' Fiduciary Duties*, în volumul Strada-Rozenberga, K., Anjos, M. R.: *Current Issues in Business Law*, Ed. Adjuris, București, 2018, pp. 30-49, iar prezenta secțiune reprezintă o adaptare a lucrării.

² *Economist Intelligence Unit Special Report nr. 244 – Non-executive directors. Where's all the fun gone?*, 2004, [accesat la data de 18.10.2018].

evoluția funcției administratorului neexecutiv în dreptul continental și vom interpreta studiile recente la nivel european, care extind câmpul de aplicare al obligației lor de diligență și prudență. În final, vom evalua abordările legislative pentru care au optat statele membre UE și relația dintre activitatea administratorilor neexecutivi și eficiența guvernanței corporative din statele europene.

1.2. Conținutul obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi

240. Directorii executivi sunt membrii consiliului de administrație ai unei societăți care au și responsabilități de management, spre deosebire de administratorii neexecutivi, care sunt membri ai consiliului de administrație fără responsabilități de administrare a operațiunilor zilnice ale societății. Rolul directorilor executivi este relevat de însăși denumirea funcției lor, încărcată cu atribuții de derulare a afacerilor curente, în conformitate cu direcțiile și strategiile stabilite de organele de administrare sau de adunarea generală a acționarilor. În Marea Britanie, regula generală este aceea că directorii executivi nu sunt remunerați pentru rolul ocupat în consiliul de administrație, aspect care este criticat de Codul de Guvernare Corporativă, deoarece pentru a-i stimula să își îndeplinească obligațiile fiduciare în mod corespunzător, remunerarea lor ar trebui să reflecte performanțele atinse în funcția executivă ocupată.

Obligațiile administratorilor neexecutivi sunt preponderent obligații pozitive, de contribuție la activitatea consiliului de administrație și de asigurare a îndeplinirii obiectivelor principale. Având în vedere influența imparțială pe care aceștia o pot exercita prin valorificarea experienței, numirea lor este în interesul superior al acționarilor și al directorilor executivi.

Administratorii neexecutivi au în general aceleași obligații legale ca și directorii executivi, aceleași responsabilități de administrare și aceleași obligații fiduciare. Astfel, ei sunt supuși aceluiași regim de angajare a răspunderii, deși este evident că în majoritatea jurisdicțiilor, rolul lor nu este de a acorda același nivel de atenție societății administrate. Deși conținutul responsabilităților administratorilor neexecutivi diferă de cel al directorilor executivi, standardul de evaluare a diligenței și prudenței măsoară aceiași

parametrii, indiferent de poziția deținută de un membru în consiliul de administrație.

241. Diferențele dintre obligațiile fiduciare ale directorilor executivi și ale administratorilor neexecutivi se fundamentează pe natura diferită a celor două funcții. Istoria poziției neexecutive demonstrează că obligația de a proteja și dezvolta societatea este de natura funcției. Prin aplicarea principiului *ultra vires*, societățile sunt legate de derularea afacerilor în limita obiectului lor de activitate. Un efect al acestei reguli, acela de a proteja societatea prin minimalizarea concurenței cauzată chiar de reprezentanții acesteia care profită de oportunități pe care societatea nu le poate angaja, s-a dovedit a fi dezavantajoasă atât pentru societate, cât și pentru mandatar. În dinamica pieței de afaceri contemporane, guvernanța corporativă a dezvoltat metode eficiente de atribuire a oportunităților de afaceri ivite. Acționarii numesc administratori cu competențe diversificate, directorii executivi se ocupă de afacerile curente ale societății, în vreme ce administratorii neexecutivi acoperă lacunele de cunoștințe ale directorilor executivi, spre exemplu prospectarea unor piețe sau mutarea unor puncte de producție³.

Poziția administratorilor neexecutivi a evoluat de la o funcție pură de supraveghere la susținerea dezvoltării strategice a societății. Guvernul britanic a recomandat numirea unor neexecutivi cu cunoștințe vaste și experiență valoroasă și a constatat că societățile de pe piața europeană nu au înțeles în mare parte esența funcției neexecutive și evoluția rolului lor de la simpla monitorizare, la obligația pozitivă de a crea strategia și politicile societății⁴.

242. Guvernanța corporativă de *common law* împarte principalele responsabilități ale administratorilor neexecutivi în patru mari categorii⁵:

³ Gibbs, D.: *Non-executive Directors' self-interest: Fiduciary duties and Corporate Governance*, University of East Anglia Papers 2014, pp. 72-77.

⁴ *The Walker review*, raport elaborat de băncile londoneze la cererea prim-ministrului britanic care, include recomandări cu privire la modernizarea guvernanței corporative. A se vedea Walker, D.: *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities*, iulie 2009 [accesat la data de 21.10.2018].

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/walker_review_consultation_160709.pdf

⁵ Structura clasică a obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi în practica britanică a fost adoptată de organizațiile profesionale în rapoartele și recomandările lor, spre exemplu

obligațiile de a construi și implementa strategia societății, obligațiile de determinare și măsurare a performanței societății și a executivului, calcularea și minimizarea riscurilor și obligațiile de coordonare și de comunicare.

În primul rând, administratorii neexecutivi sunt principalii creatori ai strategiei pe termen lung și pe termen scurt a societății. În elaborarea și avansarea propunerilor privind strategia de afaceri, obligația de diligență și prudență este evidentă. În același timp, regula judecății de afaceri ar trebui să acționeze ca un stimulent, deoarece administratorii neexecutivi au nu doar posibilitatea, dar și datoria de a pune la îndoială oportunitatea actelor directorilor executivi, pentru a se asigura că acestea sunt în concordanță cu strategia de afaceri și cu interesele superioare ale societății. În plus, diligența și prudența administratorilor neexecutivi se traduce prin crearea unor relații de colaborare și de încredere cu membrii consiliului de administrație, pentru o atmosferă de consens și de promovare a valorilor apărute de societate.

În al doilea rând, analiza performanței directorilor executivi se va realiza în funcție de obiectivele prestabilite. Obligația principală a administratorilor neexecutivi este monitorizarea performanțelor societății, identificarea lacunelor și propunerea unor soluții de corectare, obligație care nu este de natura funcției neexecutive în dreptul român. În urmărirea acestui considerent, administratorii neexecutivi sunt cei care trebuie să păstreze o privire de ansamblu și să se asigure că obligațiile fiduciare sunt clare și îndeplinite în orice decizie de afaceri.

În al treilea rând, administratorii neexecutivi sunt datori să asigure corectitudinea informațiilor financiare, construirea și implementarea unor mecanisme solide și eficiente de control financiar și de evaluare a riscurilor. Autoritatea administratorilor neexecutivi se materializează în îndrumările oferite și inițiativele lor, influențe care orientează consiliul de administrație în direcția unui mecanism intern stabil și corect.

Nu în ultimul rând, administratorii neexecutivi trebuie să aibă abilități de comunicare și de coordonare desăvârșite, pentru a-și îndeplini funcția de mediere și de supraveghere. În majoritatea jurisdicțiilor europene, aceștia au roluri decisive în numirea sau revocarea directorilor executivi și

Institute of Business Law Teachers, Deloitte UK, NEDonBoard (Organizația profesională a administratorilor neexecutivi din Marea Britanie), Royal Institute of Directors, etc.

cu privire la remunerarea acestora, de aceea ei au obligația de a se informa cu privire la persoana, experiența și calificările unui candidat pentru funcția de director executiv, pentru a fi în măsură de a face recomandări relevante.

Pentru îndeplinirea eficientă și corectă a rolului lor, administratorii neexecutivi pot organiza întâlniri chiar și fără participarea directorilor executivi. Apreciem că neexecutivii ar trebui să aibă permisiunea de a solicita consultanță externă de fiecare dată când consideră că este necesar pentru îndeplinirea obligațiilor lor, fără a provoca prin aceasta competența și calificarea directorilor executivi și a crea tensiuni în cadrul consiliului de administrație.

Trăsăturile expuse sunt de natura funcției administratorului neexecutiv în conținutul său clasic împrumutat din doctrina de *common law*. Acestea nu sunt inerente funcției administratorului neexecutiv în toate statele membre UE, fiind uneori atribuite consiliului de administrație, alteori consiliului de supraveghere. Vom prezenta în detaliu abordarea obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi din dreptul anglo-saxon și vom încerca să le încadrăm apoi în guvernarea corporativă de drept continental. Secțiunea se va încheia prin expunerea obligațiilor fiduciare specifice administratorilor neexecutivi în dreptul român, atât în cazul sistemului unitar de administrare, cât și în cazul sistemului dualist.

1.2.1. Obligația de diligență și prudență a administratorilor neexecutivi

243. Caracterul unic al administrării societății moderne este determinat de libertatea de acțiune și de decizie fără precedent a administratorilor. Administratorii au posibilitatea de a-și alege echipa, de a propune strategii sau planuri de acțiune și de a obține consultanță externă în situațiile care impun cunoștințe de specialitate. Directorii executivi au mecanisme de exercitare robustă a autorității lor, în comparație cu funcțiile similare ale societății democratice⁶.

⁶ Politicienii sunt legați de disciplina partidului, iar judecătorii sunt îngrădiți de precedente judiciare și de reguli de procedură. A se vedea Morck, R.: *Behavioral Finance in Corporate Governance -Independent Directors and Non-executive Chairs*, Harvard Institute of Economical Research, Paper 20372004, pp. 9-10.

Rolul consiliului de administrație este de a propune și, în anumite jurisdicții, inclusiv de a numi directorii executivi. Obligația de diligență și prudență a administratorilor neexecutivi se traduce, în primul rând, prin obligația de monitorizare a societății și a activității executivului, *duty of oversight*, care este comprehensiv dezvoltată și analizată de doctrina de *common law*. Această îndatorire este denumită într-o manieră generală, deoarece include activități paralele care se impun a fi îndeplinite pentru a întruni elementele obligației de diligență și prudență. În al doilea rând, o definiție strictă a obligației de monitorizare nu se poate aplica în varietatea industriilor din epoca globalizării și a tehnologiei. Această expresie a obligației de diligență și prudență a administratorilor neexecutivi implică ghidarea societății, a directorilor și a salariaților cu prerogative executive printr-un mecanism de control prudent. Eficiența supravegherii directorilor executivi și a bunului mers al societății se măsoară prin caracterul constructiv al monitorizării, prin evaluarea și gestionarea riscurilor și analiza performanței executivilor conform țelurilor și obiectivelor prestabilite.

Obligația de monitorizare a evoluției afacerii în ansamblul ei este întotdeauna însoțită de obligația de a urmări și de a prelucra informațiile identificate ca urmare a acestei supravegheri continue. Respectarea obligației de monitorizare nu se rezumă la observarea directă a desfășurării operațiunilor de afaceri, ci implică eforturi de analiză și de îmbunătățire a metodelor de informare. Astfel, administratorii neexecutivi au obligația de a controla periodic oportunitatea și eficiența sistemelor de informare, aceasta fiind o obligație continuă⁷.

Având în vedere natura rolului lor, obligația de supraveghere a administratorilor neexecutivi nu se traduce prin informarea lor absolută cu privire la totalitatea detaliilor activităților societare, un exercițiu care ar fi nepractic și foarte costisitor. Gradul de informare trebuie să aibă un caracter rezonabil și depinde de circumstanțele specifice fiecărei situații particulare, judecata de afaceri a administratorilor fiind stabilită în fiecare caz concret.

⁷ În una din cauzele de referință, *Re Barings plc*, 1 BCLC 433, 1999, o instanță londoneză a reținut conduita deficitară a administratorilor neexecutivi prin aplicarea testului obiectiv. Instanța a reținut că administratorii sunt obligați să fie mereu informați despre afacerile societății și să colaboreze cu membrii consiliului de administrație pentru a le supraveghea. Lipsa unui sistem de monitorizare adecvat reprezintă încălcarea standardului.

Administratorii neexecutivi nu trebuie să dovedească aceeași cunoaștere profundă a afacerilor societății care este așteptată de la directorii executivi, ci diligența lor se traduce prin luarea măsurilor oportune pentru identificarea informațiilor necesare despre operațiunile curente⁸.

Un exemplu ilustrativ este cel al administratoarei unei societăți de reasigurare din SUA⁹ care nu a avut cunoștință despre însușirea pe nedrept a unor sume de bani de către vice-președinte și directorul general, deoarece nu se implica în mod activ în îndeplinirea sarcinilor, se prezenta rar la sediul social și nu depunea niciun efort de familiarizare cu legislația pieței de asigurare-reasigurare sau cu practicile societății. Instanța a apreciat că „administrarea unei societăți nu presupune o inspecție detaliată a activităților de zi cu zi, ci mai degrabă supravegherea afacerilor și a politicilor societății. Administratorilor nu li se impune lecturarea unor cursuri de audit, ci familiarizarea cu starea financiară a societății prin analiza regulată a situațiilor financiare”. În plus, instanța a apreciat că depistarea delapidării nu ar fi presupus o expertiză specială, ci o lecturare obișnuită a bilanțurilor.

În ceea ce privește exercitarea obligației de monitorizare și supraveghere, delegarea totală nu este permisă. O decizie informată adoptată cu respectarea obligației de supraveghere generală nu va conduce la angajarea răspunderii nici în caz de rezultate nesatisfăcătoare, dacă decizia ia în considerare prioritățile administrației. De exemplu, în urma analizării informațiilor relevante și a cântăririi riscurilor, consiliul de administrație poate decide să nu instaleze un program de securizare a sistemelor informatice, procesul fiind prea costisitor. În aceeași manieră, consiliul de administrație apreciază eficiența delegării supravegherii anumitor procese determinate. Exemplele pot fi multiple, dar numitorul lor comun este faptul că, dacă o decizie adoptată în urma unei deliberări îndeplinește condițiile

⁸ Aceeași recomandare este prevăzută de Codul de Guvernanță Corporativă al Bursei de Valori București din anul 2015, secțiunea A, Principii generale, anume că „Toți membrii Consiliului trebuie să poată alocă timp suficient societății pentru a-și îndeplini atribuțiile în mod adecvat”, iar „consiliul trebuie să se asigure că este informat în mod adecvat pentru a-și îndeplini pe deplin sarcinile”.

⁹ Cauza *Francis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, Curtea de Apel din New Jersey, 1981.

regulii judecătii de afaceri, răspunderea administratorilor nu va putea fi angajată, chiar dacă decizia în sine nu a fost una de succes.

244. Administratorii neexecutivi ar trebui să fie cei care stabilesc standardele societății și care se asigură că personalul executiv înțelege obligațiile pe care le are față de societate și față de acționari. Consiliul de administrație, ca organ colectiv, este responsabil pentru avansarea succesului societății prin dirijarea afacerilor încheiate. Administratorii neexecutivi sunt însă cei care sunt preocupați de construirea unei strategii de afaceri. În calitate de membri ai consiliului de administrație, ei trebuie să contribuie în mod anticipativ la stabilirea scopurilor strategice ale societății. Această inițiativă presupune, printre altele, asigurarea resurselor umane, financiare și a materiilor prime necesare pentru atingerea obiectivelor societății.

Administratorii neexecutivi au rolul de a susține directorul general și directorii executivi în a menține o cultură corporativă de responsabilizare și angajare a răspunderii întregului aparat de administrare. Ei trebuie să depună eforturi pentru a înțelege cultura, valorile și conduita consiliului de administrație, pentru a fi pregătiți să formuleze întrebările potrivite.

Mecanismele utilizate reprezintă expresii ale obligației de diligență și prudență. În primul rând, administratorii neexecutivi sunt datori să formuleze strategii de afaceri clare și realiste și să comunice directorilor executivi așteptările rezonabile pe care le au de la ei și de la performanța societății. În al doilea rând, sunt datori să construiască și să pună în funcțiune mecanisme interne de evaluare și corectare a performanțelor personale și de echipă și de măsurare a riscurilor. Experiența în domeniul economic și financiar are un rol important pentru verificarea îndeplinirii obligațiilor fiscale și stabilirea mecanismelor de audit intern.

245. Unul dintre angajamentele pe care administratorii neexecutivi sunt obligați să și le asume este alocarea de timp suficient pentru a-și îndeplini eficient responsabilitățile în cadrul societății¹⁰. Ei trebuie să informeze consiliul de administrație despre alte angajamente pe care le au și

¹⁰ Codul de Guvernă Corporativă al Bursei de Valori București (2015), secțiunea A, Principii generale, p. 3.

https://www.bvb.ro/info/Rapoarte/Diverse/RO_Cod%20Guvernanta%20Corporativa_WE_B_revised.pdf [accesat la data de 12.12.2018].

care le consumă timp semnificativ, atât înainte de a fi numiți, cât și pe parcursul exercitării mandatului¹¹. În plus, neexecutivii vor trebui să aloce timp propriei dezvoltări profesionale pentru a-și îndeplini responsabilitatea de ghidare a executivului în mod corespunzător. Totuși, jurisprudența britanică a recunoscut că timpul mai limitat dedicat de administratorii neexecutivi funcției lor ar trebui luat în considerare la angajarea răspunderii¹².

Obligația de diligență și prudență a administratorilor neexecutivi se traduce și prin rolul lor de îndrumare a președintelui consiliului de administrație și a directorilor executivi. Rolul unui administrator neexecutiv se exprimă prin criticile obiective și constructive pe care le aduce pentru a facilita deciziile strategice ale directorilor executivi¹³. Din acest motiv, calitățile personale, cunoștințele de specialitate și experiența profesională a unui neexecutiv determină în definitiv modul în care acesta își va îndeplini obligațiile fiduciare. Succesul funcției neexecutive se poate observa și măsura prin efectele pe termen lung, precum reputația societății și direcțiile strategice. Numirea administratorilor neexecutivi este adesea folosită ca strategie de marketing, deoarece este în măsură să contribuie la creșterea societății prin prisma renumelui. Valoarea simbolică a activităților filantropice ale administratorului neexecutiv și succesul în afaceri din același domeniu de activitate creează o expunere pozitivă a societății pe piață și reprezintă o strategie pe termen lung de implicare în proiecte de Responsabilitate Socială Corporativă care sunt în concordanță cu valorile promovate de societate.

246. Diligența și prudența administratorilor neexecutivi este adesea o expresie a abilităților de comunicare ale acestor persoane, care au datoria de a aborda deciziile delicate cu tact și cu păstrarea confidențialității. Ei vor depune diligențele necesare pentru ca îndrumarea oferită și relația de

¹¹ *The UK Corporate Governance Code 2016*, secțiunea B.3.1, <https://www.frc.org.uk/getattachment/ca7e94c4-b9a9-49e2-a824-ad76a322873c/UK-Corporate-Governance-Code-April-2016.pdf> [accesat la data de 12.12.2018].

¹² *Cauza Equitable Life Assurance Soc'y v. Bowley*, England and Wales High Commercial Court, 2263, 17.10.2003.

¹³ Descriere oferită de *(Royal) Institute of Directors*, Marea Britanie, într-o prelegere din martie 2018 <https://www.iod.com/training/open-courses/role-of-the-non-executive-director> [accesat la data de 22.10.2018].

încredere construită cu directorii executivi să nu se transforme în potențiale conflicte de interes și dezechilibre de putere în interiorul consiliilor de administrație.

Un administrator neexecutiv trebuie să dețină calitățile unui bun diplomat și o inteligență emoțională superioară. Pentru a-și îndeplini obligația de diligență și prudență și a colabora cu directorii executivi într-o manieră fructuoasă pentru societate, administratorii neexecutivi trebuie să fie buni evaluatori ai trăsăturilor umane, situațiilor și relațiilor, și să își adapteze strategiile în mod adecvat. O atitudine dominantă care nu inspiră încredere și prietenie unui director executiv, ci mai degrabă teama de a fi sancționat sau revocat, va distruge esența funcției administratorului neexecutiv și, implicit, îndeplinirea rolului său.

Doctrina britanică numește administratorii neexecutivi ca fiind „prietenul critic” al directorului general și al directorilor executivi, deoarece în jumătate din timp adresează întrebări inconfortabile despre modul de derulare a afacerilor, iar în cealaltă jumătate de timp joacă rolul unor veritabili membri ai echipei, susținând consiliul de administrație să atingă potențialul maxim de creștere și obiectivele stabilite¹⁴. Având în vedere experiența și cunoștințele care sunt esențiale la numirea administratorilor neexecutivi, aceștia joacă adesea rolul de mentori ai directorilor executivi, prin observațiile acurate referitoare la detalii interne sau factori externi care pot afecta în mod avantajos sau dezavantajos cursul afacerii¹⁵.

Administratorii neexecutivi sunt datori nu doar să aducă viziune consiliului de administrație, dar și perspective de dezvoltare a afacerii, de largire a producției sau a obiectului de activitate. Valoarea pe care ei o aduc prin consultanță profesionistă, independentă și obiectivă, este dată de caracterul lor extern, și devine esențială pentru protecția acționarilor.

¹⁴ Hazell, R., Cogbill, A., Owen, D. Webber, H., Chebib, L.: *Critical Friends? The Role of Non-Executives on Whitehall Boards*, The Constitution Unit, School of Public Policy, University College London, ianuarie 2018. https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/publications/tabs/unit-publications/178_-_Critical_Friends_The_Role_of_Non_Executives_on_Whitehall_Boards [accesat la data de 22.10.2018].

¹⁵ Opinie îmbrățișată și de doctrina română. A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M.: *Particularități ale eficienței instituției răspunderii civile a administratorilor și directorilor societăților comerciale, în contextul globalizării dreptului societar*, RRDA nr. 9/2010, p. 37.

Administratorii neexecutivi pot fi solicitați în diferite comitete consultative în cadrul consiliului de administrație¹⁶, participare justificată de valorificarea calificărilor lor în folosul societății.

247. Observăm o suprapunere a elementelor obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate în cazul administratorilor neexecutivi. De exemplu, aceștia sunt datori să aducă plus valoare aparatului administrativ prin utilizarea relațiilor lor care pot fi de folos societății, luând în considerare faptul că renumele lor reprezintă unul dintre criteriile de numire. Aceste aspecte relevă importanța numirii unor persoane cu o reputație impecabilă și de înalt calibru în această poziție unică. Ei sunt obligați să depună eforturi pentru crearea și menținerea unor contacte externe capabile să contribuie la îndeplinirea misiunii și vizunii societății. Aceste relații îi vor expune în mod indubitabil la situații de conflict de interese și unor oportunități de afaceri, când vor trebui să dea dovadă de loialitate față societate. În conținutul obligației de informare a societății sunt incluse și angajamentele paralele pe care le au și funcții de administrator neexecutiv în alte societăți. Administratorii neexecutivi au obligația îndeplinirii loialității prin păstrarea secretului profesional și îndeplinirea responsabilităților paralele în mod echilibrat.

1.2.2. Obligația de loialitate a administratorilor neexecutivi

248. În anul 2018, Financial Times a sugerat că administratorul neexecutiv ideal este tăcut, bine informat și competent¹⁷. Rolul său nu

¹⁶ Participarea în comitete de specialitate este prevăzută și în dreptul român, având aceleași funcții și în alte jurisdicții de drept continental, a se vedea art. 140 ind. 2 din Legea nr. 31/1990. Comitetul consultativ este compus din cel puțin doi membri ai consiliului de administrație, din care cel puțin unul trebuie să fie administrator neexecutiv independent. Domeniile de activitate ale comitetelor sunt specializate pe probleme de audit, remunerarea administratorilor și personalului, nominalizarea de candidați pentru diferite posturi de conducere, etc., iar comitetul de audit și cel de remunerare trebuie să fie formate exclusiv din administratori neexecutivi.

¹⁷ <https://www.ft.com/content/87bed6b0-14bb-11e8-9e9c-25c814761640> [accesat la data de 20.10.2018]. Aceleași valori sunt articulate de Spencer Stuart, și anume că un administrator neexecutiv trebuie să dețină virtutea modestiei și să nu fie dogmatic. Spencer Stuart este cea mai mare firmă de recrutare de personal de management din lume, desfășurându-și activitatea în toate domeniile pieței, atât în domeniul public, cât și în domeniul privat. A

reprezintă o simplă continuare sau extindere a experienței dobândite în calitate de director executiv. Aceste poziții sunt în general ocupate de către persoane care au fost în trecut directori executivi în societăți cu obiecte de activitate similare, deoarece acest rol complex presupune avansarea propriilor cunoștințe și capacitatea de a le transpune într-o funcție de observare și corectare într-o manieră profesionistă. Numirea unor persoane din exterior reprezintă în general o garanție a caracterului imparțial, dar oferă și posibilitatea exprimării unor opinii și viziuni obiective. Principalul avantaj al numirii unor administratori independenți este riscul redus al conflictelor de interese și obținerea unor viziuni obiective asupra performanțelor societății. Pe de altă parte, fiind mai puțin implicați în problemele curente ale societății, ei dețin mai puține informații pe care își fundamentează deciziile, dar sunt supuși aceluiași reguli de angajare a răspunderii.

Caracterul independent al administratorilor neexecutivi este subliniat de *UK Corporate Governance Code*¹⁸, care recomandă ca aceștia să nu fie numiți dintre foști angajați sau persoane care au avut relații de afaceri cu societatea căreia doresc să i se alăture. Sistemul britanic încurajează directorii executivi să își ofere serviciile în calitate de administratori neexecutivi unor societăți partenere, unde pot contribui prin experiență și prin oferirea unor noi viziuni. Consiliul de administrație al unei societăți britanice va lua în considerare conduita neexecutivului în cazul în care a fost în trecut angajat al societății sau dacă în ultimii trei ani a avut relații de afaceri cu societatea în mod direct sau în reprezentarea altei societăți, dacă are relații de familie cu persoane dintre consultanții, directorii sau angajații societății ori alte legături de afaceri cu ceilalți directori prin relații de afaceri din alte societăți. În general, se vor alege persoane care au făcut parte din consiliul de administrație cel puțin nouă ani sau care au o reputație de independență și experiență în branșa respectivă. Transpunerea fidelă a acestui principiu în legea română¹⁹ a fost sincronizată cu normele preexistente din dreptul

se vedea *Cornerstone of the Board: Lessons on creating or rebuilding a board*, Spencer Stuart, aprilie 2010, https://www.spencerstuart.com/-/media/pdf%20files/research%20and%20insight%20pdfs/cornerstone-of-the-board_23apr2010.pdf [accesat la data de 20.10.2018].

¹⁸ *UK Corporate Governance Code*, supra 871.

¹⁹ Prevederea aplicabilă din dreptul român este art. 138 alin. 2 din Legea nr. 31/1990.

societar, administratorii neexecutivi independenți fiind numiți prin hotărâre a acționarilor. Candidatul trebuie, printre altele, să nu fie director ori salariat al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta și să nu fi îndeplinit o astfel de funcție în ultimii 5 ani, să nu fie acționar semnificativ al societății și să nu fie sau să fi fost în ultimii 3 ani auditor financiar ori asociat salariat al actualului auditor financiar al societății sau al unei societăți controlate de aceasta.

249. Un administrator neexecutiv este membru al consiliului de administrație, dar nu se angajează în administrarea de zi cu zi a societății, ci în crearea de strategii pe termen lung, de politici corporative și exerciții de planificare. În *common law*, obligația de loialitate este inerentă funcției administratorilor neexecutivi, fiindcă ei sunt cei care contribuie cu precădere la apărarea intereselor acționarilor, în vreme de obligația de loialitate a directorilor executivi este privită de doctrina majoritară ca fiind în principal datorată societății²⁰.

Administratorii neexecutivi au datoria de a determina direcția și performanța societății, deoarece caracterul detașat al funcției lor le conferă o viziune mai obiectivă decât percepția din interior a directorilor executivi, care sunt mult mai expuși conflictului de interese dintre cei care dețin capitalul și cei care dețin puterea de control și de decizie. Evaluarea și analiza productivității și a proiectelor în desfășurare este de esența funcției lor, astfel încât administratorii neexecutivi trebuie să se asigure că interesele acționarilor și ale celorlalte părți interesate prevalează cerințelor și intereselor consiliului de administrație.

Principală expresie a obligației de loialitate a administratorilor neexecutivi este activitatea de monitorizare și supraveghere a executivilor într-o manieră complet independentă de influențele acționarilor, a altor membri ai consiliului de administrație sau a unor terți. Spre deosebire de loialitatea datorată de executivi, obligațiile administratorilor neexecutivi nu sunt concentrate pe maximizarea averii societății sau a acționarilor, în funcție de sistemul de drept, ci se împart în mod egal între avansarea intereselor

²⁰ Gold, A.: *The new concept of loyalty in Corporate Law*, University of California Law Review nr. 43/2009, p. 462.

societății, a acționarilor, a partenerilor și a clienților, și, nu în ultimul rând, a angajaților.

În Marea Britanie, obligațiile fiduciare reglementate în *UK Companies Act 2006* sunt completate de Codul de Guvernanță Corporativă. Caracterul transparent și consensual al deciziilor este o condiție de esență organului colegial de conducere, caracteristică subliniată de imperativul alcătuirii consiliului de administrație din directori executivi și administratori neexecutivi. Prin acest mecanism se asigură că procesul decizional nu este dominat de un grup de administratori. Se recomandă ca cel puțin jumătate din membrii consiliului de administrație al întreprinderilor mari să fie administratori neexecutivi independenți, iar societățile mici să aibă cel puțin doi. Tendința legislației din statele membre UE este acordarea de responsabilități de supraveghere administratorilor neexecutivi, ceea ce corespunde creșterii pachetelor remuneratorii acordate acestora.

250. Potrivit dispozițiilor art. 138 ind. 1 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 (LS), în cazul în care într-o societate pe acțiuni are loc delegarea atribuțiilor de conducere către directori, majoritatea membrilor consiliului de administrație va fi formată din administratori neexecutivi. Aceeași recomandare este prevăzută de Codul de Guvernanță Corporativă al Bursei de Valori București din anul 2015, secțiunea A, și anume că „majoritatea membrilor neexecutivi ai Consiliului sau ai Consiliului de Supraveghere să fie independenți”. În continuare, art. 138 ind. 1 alin. 2 LS definește membrii neexecutivi ai consiliului de administrație ca fiind aceia care nu au fost numiți directori, în conformitate cu art. 143 LS. S-a observat în doctrină că delegarea de atribuții reprezintă un pas spre delimitarea activității executivilor de cea de control a executivului²¹. După cum am explicat, această separare nu are un efect practic în guvernanța corporativă românească în ceea ce privește controlul efectiv al administratorilor neexecutivi asupra directorilor, cu atât mai mult în cazul în care aceștia au și calitatea de administratori.

²¹ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., *art. precitat supra* 875, p. 36.

1.3. Obligațiile fiduciare ale administratorilor neexecutivi în unele state membre UE

251. Având în vedere rolul particular al administratorilor neexecutivi în consiliile de administrație, necesitatea numirii unor persoane calificate pe aceste poziții a crescut semnificativ în rândul statelor membre UE. În rândul jurisdicțiilor UE, se observă că, în general, instanțele impun un standard de diligență și prudență mai ridicat directorilor executivi, care lucrează în exclusivitate pentru societatea administrată, față de standardul aplicat administratorilor neexecutivi. Diferența se fundamentează pe natura diferită a rolurilor ocupate în consiliile de administrație, astfel încât anumite state au optat pentru reglementări clare ale obligațiilor administratorilor neexecutivi.

În general, normele de determinare a standardului de evaluare iau în considerare experiența profesională și cunoștințele de specialitate ale administratorilor neexecutivi, familiaritatea lor cu societatea administrată și experiența în domeniu. În anumite jurisdicții, jurisprudența a determinat un standard de diligență și prudență care depinde de poziția deținută și de remunerația primită, precum în Marea Britanie și în Irlanda, unde acest standard a fost preluat explicit de lege. În Marea Britanie se regăsesc cele mai previzibile obligații ale administratorilor neexecutivi, respectiv aceleași obligații primare ca și cele ale administratorilor executivi, prevăzute în *UK Companies Act 2006*. Spre deosebire de tendința statelor din Europa continentală de a permite societăților să aleagă între sistemul unitar și sistemul dualist de administrare, majoritatea societăților britanice sunt administrate de un consiliu de administrație unic, astfel încât toți administratorii sunt supuși acelorași reguli²². Deși legea prevede standarde diferite de evaluare a diligenței și prudenței în funcție de poziția deținută în societate, a experienței și a cunoștințelor de specialitate, principalele lor obligații legale sunt identice.

Majoritatea statelor determină standardele de conduită ale administratorilor neexecutivi în baza unor criterii de evaluare a poziției deținute, cum ar fi responsabilitățile funcționale atribuite, rolul poziției în

²² Witney, S.: *Corporate opportunities law and the non-executive director*, Journal of Corporate Studies vol. 16(1), Londra, 2016, p. 146. A se vedea Secțiunea 174(2) *UK Companies Act*, care codifică jurisprudența relevantă dinainte de anul 2006.

consiliul de administrație și împărțirea sarcinilor în organele de conducere. Grecia stabilește standarde diferite între executivi și neexecutivi prin analogia îndeplinirii obligațiilor de către profesionistul prudent „în funcție de sarcinile care i-au fost atribuite”²³. Alte state, precum Bulgaria, Danemarca, Malta sau Suedia, aplică același standard al diligenței și prudenței indiferent dacă angajarea răspunderii privește un administrator neexecutiv sau un membru executiv al consiliului de administrație²⁴.

Instanțele austriece iau în considerare tipul societății și sarcinile specifice poziției ocupate²⁵, iar legea daneză impune un standard mai ridicat dacă administratorii neexecutivi dețin o calificare profesională în domeniul de activitate al societății respective²⁶. Jurisprudența germană²⁷ și olandeză recomandă așteptări diferite de la administratori în funcție de responsabilitățile funcționale care le-au fost atribuite, iar experiența profesională în domeniul de activitate al societății determină așteptări mai înalte și un standard de conduită mai ridicat²⁸.

Portugalia combină sistemele expuse din țările germanice, standardul variind în acord cu funcțiile îndeplinite în concret și modelul de guvernanță. Italia impune standardul conform principiilor generale de drept

²³ Art. 22a (2) a Legii elene a societăților nr. 2190/20.

²⁴ Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E. P.: *Study on Directors' Duties and Liability*, prepared for the European Commission, Department of Law, London School of Economics, Londra, 2013, pp. 112-115.

²⁵ Prin Decizia Curții Supreme de Justiție din Austria RS0116167/2002, instanța a reținut că „standardul stabilit de normele de drept societar este unul obiectiv-normativ, astfel încât niciun membru al organelor de conducere nu se poate folosi de prevederea legală dacă îi lipsesc calitățile și aptitudinile corespunzătoare. Obligația de diligență și prudență a administratorului se va analiza și prin referire la obiectul de activitate al societății, dar și a altor factori, precum mărimea societății sau poziția pe piață. Standardul mai ridicat de evaluare al diligenței și prudenței nu diferă semnificativ față de standardul prevăzut în art. 1299 Cod Civil, partea generală” [art. 1299 din partea generală a dreptului civil reglementează contractul de mandat].

²⁶ Christensen, J. S.: *Kapitalselskaer*, Ed. Thomson Reuters Professional, Minnesota, 2009.

²⁷ Raiser, T., Veil, R.: *Recht der Kapitalgesellschaften*, ediția a 5-a, Ed. C. H. Beck, München, 2010, p. 249.

²⁸ Curtea Supremă de Justiție din Germania confirmă prin Decizia II ZR 234/09 din 02.09.2011 faptul că administratorii care au o expertiză specializată trebuie să își îndeplinească obligația de diligență și prudență într-o manieră aplicată a cunoștințelor lor. Pentru Olanda, a se vedea cauza *Staleman/Van de Ven*, Curtea Supremă, HR 10-01-1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243.

civil, acela de cunoștință, competență și experiență care pot fi așteptate în mod rezonabil de la un administrator care îndeplinește același rol²⁹. În ciuda armonizării observate în cazul obligației de diligență și prudență în rândul statelor membre UE, constatăm diferențe semnificative în determinarea standardului de evaluare în cazul administratorilor neexecutivi, ceea ce poate conduce la soluții divergente în practica instanțelor.

252. O provocare a practicii judiciare din majoritatea statelor membre este stabilirea unui mecanism coerent și echitabil de evaluare a factorilor care contribuie la interpretarea standardului de diligență și prudență aplicabil. Aplicarea echilibrată a standardului în cazul administratorilor neexecutivi este cu atât mai dificilă în situațiile în care aceștia dețin o poziție cheie în cadrul societății, cum ar fi cea de președinte al consiliului de administrație sau al comitetului de audit. Elementele pe care instanțele le consideră relevante în aplicarea standardelor executivilor nu pot fi transpuse în toate situațiile. În majoritatea statelor, administratorii neexecutivi au parte de o evaluare mai puțin severă decât executivii în poziții comparabile, standardul de diligență și prudență fiind coborât de lege sau de jurisprudență. Totuși, evaluarea judiciară poate fi mai strictă în funcție de calificările și experiența profesională, respectiv aceleași criterii care au determinat oferirea unei anumite poziții acelui administrator. În urma crizei financiare, doctrina a prevăzut că instanțele din statele membre UE nu vor mai diferenția între evaluarea îndeplinirii obligațiilor de către executivii implicați în procesele decizionale și responsabilitățile de supraveghere ale administratorilor neexecutivi, dar evoluția practicii judiciare este destul de imprevizibilă.

Cu privire la obligația de supraveghere și de monitorizare, nu se observă nicio tendință convergentă în sensul responsabilizării administratorilor neexecutivi. În general, așteptările sunt ridicate față de persoanele cu expertiză în domeniu, cum ar fi membrii comitetului de audit. Diferențele cu privire la esența și câmpul de aplicare a obligației de supraveghere sunt însă dominante. Anumite jurisdicții permit administratorilor să își fundamenteze deciziile pe informațiile furnizate de ceilalți membri ai consiliului de administrație și de salariați cu atribuții executive. Alte state subliniază obligațiile sporite ale membrilor comitetului

²⁹ Art. 2392(1) Cod Civil portughez.

de audit, însă nu acordă importanță obligațiilor generale ale consiliului de administrație de a construi și implementa sisteme de control funcționale. Instanțele irlandeze subliniază rolul de monitorizare al administratorilor neexecutivi³⁰, reținând uneori că îndeplinirea responsabilităților lor depinde de informațiile pe care le primesc de la directorii executivi, astfel încât vor răspunde în limita informațiilor interne primite, solicitate sau cercetate în mod rezonabil.

În Spania, administratorii neexecutivi nu răspund pentru actele și faptele directorilor executivi, în afară de cazurile de culpă *in eligendo*, *in vigilando* sau *in instruendo*³¹. Ei răspund față de societate doar în situațiile în care au fost ei înșiși neglijenți în îndeplinirea sarcinilor care le-au fost atribuite, ceea ce implică indubitabil lipsa încălcării lor cu o veritabilă obligație de supraveghere. Chiar dacă obligația de monitorizare este implicită și înțeleasă în sarcina administratorilor neexecutivi de legiuitor și de doctrină, în practică, aceasta nu este sancționată ca o veritabilă componentă a *duty of care*. În cazul în care încălcarea obligației este rezultatul unei decizii a consiliului de administrație, membrii vor răspunde solidar în afară de cei care au votat împotriva și care au luat măsuri pentru prevenirea unor consecințe și mai grave.

253. România este printre puținele jurisdicții europene care nu include printre obligațiile administratorilor neexecutivi supravegherea directorilor executivi, alăturându-se Belgiei, Bulgariei și Franței. Standardul diligenței și prudenței nu diferă între administratorii neexecutivi și directori. Unele dintre funcțiile de monitorizare sunt îndeplinite de comitetul de audit, membrii acestuia fiind evaluați potrivit unui standard de evaluare mai ridicat. Slovenia, Austria, România și Polonia reglementează doar obligația consiliului de supraveghere de a monitoriza activitatea consiliului de administrație în cazul sistemului unitar de administrare.

Bulgaria și Croația prevăd drepturi și obligații identice pentru membrii consiliului de administrație, indiferent de distribuirea sarcinilor, respectiv familiarizarea cu privire la operațiunile derulate de societate și informarea corespunzătoare despre activitățile și deciziile curente. O

³⁰ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 195.

³¹ *Idem*, p. 417.

abordare mai strictă se întâlnește în Cehia, prin angajarea răspunderii administratorilor neexecutivi în situațiile în care aceștia ar fi trebuit să observe greșeli sau deficiențe ale operațiunilor care prejudiciază societatea. În mod similar, Finlanda verifică *ex post* dacă administratorii neexecutivi aveau motive să se îndoiască de natura reală a operațiunii în baza informațiilor avute la dispoziție³².

Majoritatea statelor membre UE reglementează în mod expres obligația de supraveghere a managementului de către administratorii neexecutivi. Practica societăților germane este în sensul unor așteptări mai reduse din partea administratorilor neexecutivi care nu sunt membri ai comitetului de audit, dacă nu au cunoștințele de specialitate în contabilitate necesare identificării neregularităților³³. În mod similar, în Grecia, Spania, Olanda și Ungaria neîndeplinirea obligației de supraveghere reprezintă o încălcare a obligației de diligență și prudență, iar Portugalia reglementează exclusiv obligația de monitorizare a directorului general. Jurisprudența irlandeză recunoaște obligația de monitorizare, și asemănător cu practica germană, utilizarea cunoștințelor financiare este obligatorie, în caz contrar se verifică măsurile de pregătire profesională luate de administratorii neexecutivi în scopul perfecționării.

Am menționat că unul dintre angajamentele pe care administratorii neexecutivi sunt obligați să și le asume este alocarea de timp suficient pentru a-și îndeplini responsabilitățile în cadrul societății. Un număr ridicat de state a ales să includă această obligație în mod expres în legislația aplicabilă sau în Codul de Guvernanță corporativă³⁴, iar altele au limitat numărul de poziții de administrator neexecutiv pe care o persoană le poate ocupa la un moment dat³⁵.

Recomandarea Comisiei Europene referitoare la rolul administratorilor neexecutivi și al membrilor consiliului de supraveghere a societăților listate pe o piață publică³⁶ subliniază importanța caracterului independent al

³² *Ibidem*, p. 104.

³³ *Ibidem*, p. 105.

³⁴ Estonia, Finlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburg, Malta, România, Slovenia, Spania și Marea Britanie.

³⁵ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 195.

³⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:32005H0162>, [accesat la data de 12.10.2018].

neexecutivilor. Comisia îndeamnă statele membre să constituie comisii interne formate din administratori independenți pentru a stabili remunerațiile directorilor, un mecanism care a avut ca efect reducerea conflictelor de interese ale membrilor directoratului. Statele abordează diferit remunerarea administratorilor neexecutivi, optând pentru recompense în funcție de performanțe sau în funcție de participarea în diferite comisii interne³⁷. Legea spaniolă prevede că remunerarea de bază trebuie să fie egală pentru toți administratorii, dacă nu se prevede altfel în actul constitutiv. Codul de governanță corporativă danez recomandă evitarea recompensării administratorilor cu opțiuni de cumpărare a acțiunilor, dar permite recompense sub forma acțiunilor la prețul pieței.

254. Rolul administratorilor neexecutivi a evoluat prin noile atribuții conferite de Codurile de governanță corporativă, mai întâi în *common law* și apoi în dreptul continental, culminând cu întărirea poziției lor în urma crizei financiare din anul 2007. Deși în dreptul român administratorii neexecutivi nu au obligația de monitorizare și supraveghere a directorilor executivi, considerată tradițională în dreptul anglo-saxon, art. 144 ind. 2 alin. 2 LS prevede că „administratorii³⁸ răspund față de societate pentru prejudiciile cauzate prin actele îndeplinite de directori sau de personalul încadrat, când dauna nu s-ar fi produs dacă ei ar fi exercitat supravegherea impusă de îndatoririle funcției lor”. Aceasta confirmă teoria britanică expusă anterior, care interzice delegarea totală a obligației de supraveghere și de stabilire a politicilor strategice ale societății, care incumbă consiliului de administrație în calitate de organ colegial. Intenția legiuitorului a fost alinierea legislației interne cu Recomandările Comisiei Europene, astfel încât lit. b a aceluiași articol include, printre competențele de bază ale consiliului de administrație, crearea unui sistem intern de planificare și de control financiar. Apreciem

³⁷ Ferrarini, G., Moloney, N., Ungureanu, M. C.: *Understanding Directors' Pay in Europe: A Comparative and Empirical Analysis*, ECGI Law Working Paper nr. 126/2009, pp. 46-48.

³⁸ Apreciem că termenul „administratori” utilizat de legiuitor se referă cu precădere la administratorii neexecutivi, deoarece al doilea termen se referă exclusiv la directorii executivi. Prin urmare, obligația de supraveghere a administratorilor neexecutivi nu poate fi exclusă, chiar dacă nu este expres prevăzută de lege, însă nu include și elemente de măsurare a performanței executivilor.

astfel, că neglijența administratorilor este identificată în practică prin lipsa unor mecanisme interne care să împiedice săvârșirea faptelor prejudiciabile pentru societate, o abordare cu conținut similar ca în cazul altor state membre, cu mențiunea responsabilizării consiliului de administrație ca organ colegial și nu al administratorilor neexecutivi.

Răspunderea solidară a administratorilor societari este prevăzută la art. 73 alin. 1 LS, fiind extinsă prin lit. e asupra tuturor obligațiilor legale și statutare care incumbă acestei funcții. În lipsa unei distincții legale, deducem că *de lege lata* administratorii neexecutivi vor răspunde în solidar cu administratorii care au atribuții executive³⁹.

Art. 142 alin. 2 lit. d LS prevede în mod expres obligația consiliului de administrație de a supraveghea activitatea directorilor, ceea ce corespunde îndatoririi de dirijare și îndrumare a administratorilor neexecutivi. În cazul SA administrate în sistem dualist, consiliul de supraveghere îndeplinește o veritabilă funcție de monitorizare a directoratului și a activității societății, având astfel aceleași obligații prevăzute de doctrina și jurisprudența britanică în cazul administratorilor neexecutivi. Observăm că, în sistemul unitar, obligațiile administratorilor neexecutivi se suprapun cu cele prevăzute de majoritatea statelor membre UE, în afară de *duty of oversight*. În cazul sistemului dualist însă, îndeplinirea acestor funcții este absorbită de consiliul de supraveghere. Conform art. 153 ind. 4 LS, consiliul de supraveghere verifică rapoarte periodice din partea directoratului cu privire la conducerea societății, a planurilor de dezvoltare și informații referitoare la evenimente ce ar putea influența situația societății.

Comitetele specializate reprezintă structuri interne ale consiliului de administrație, iar pentru obiectivitatea deciziilor lor, cel puțin un membru din aceste structuri trebuie să fie administrator neexecutiv independent. Doctrina interpretează această prevedere ca fiind „oarecum tautologică”⁴⁰, deoarece potrivit prevederilor art. 138 ind. 2 alin. 1 lit. a LS, un administrator care este director al societății nu poate fi considerat ca independent, iar

³⁹ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., *art. precitat supra* 875, p. 39.

⁴⁰ Prescure, T., Schiau, I.: *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2009 (Comentariu la articolul 140 ind. 2 din Legea societăților).

potrivit alin. 2 al aceluiași articol, administrator neexecutiv este cel care nu a fost numit director SA. Apreciem că în compunerea acestor comitete ar trebui incluse persoane cu experiență și cunoștințe de specialitate în audit și fiscalitate, deoarece atribuțiile sunt cercetarea și formularea unor recomandări cu privire la remediile ce se impun.

1.4. Remarci conclusive

255. Rolul de monitorizare al administratorilor neexecutivi este esențial în situațiile vulnerabile la riscul apariției conflictelor de interese, cum ar fi propunerea sau numirea directorilor executivi, în funcție de drepturile conferite de reglementările naționale. În jurisdicțiile în care acționarii nu au posibilitatea supravegherii îndeaproape a consiliului de administrație, administratorii neexecutivi vor ameliora dezechilibrele de informare. Prin urmare, independența administratorilor neexecutivi este esențială pentru funcționarea managementului, evitarea conflictelor de interese și protejarea acționarilor minoritari.

Studiile arată că administratorii neexecutivi din societățile americane sunt mai expuși riscului angajării răspunderii, însă riscul răspunderii personale și a sancționării efective este mai scăzut, având în vedere faptul că asigurarea lor de răspundere profesională este mult mai acoperitoare și se poate încheia pentru un plafon mai înalt⁴¹. Observăm că Marea Britanie este singurul stat european care a acordat mai multă atenție poziției și răspunderii administratorilor neexecutivi și independenți.

Deși dreptul societăților este destul de armonizat, cel puțin în ceea ce privește structurile organelor de administrare, funcția administratorului neexecutiv este cât se poate de variată în rândul statelor membre UE. Diferențele între reglementările legale ale funcției neexecutive sunt determinate de înțelesul și conținutul obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi din diferite state și de natura diferită a celor două funcții. În majoritatea statelor, obligațiile administratorilor neexecutivi sunt preponderent obligații pozitive, de construire a strategiei societății, de

⁴¹ Black, B. S., Cheffins, B. R.: *Outside Director Liability Across Countries*, ECGI Working Paper nr. 71/2006.

minimizare a riscurilor și de coordonare a activității organelor de conducere. Poziția administratorilor neexecutivi a evoluat de la o funcție pură de supraveghere la una de avansare a dezvoltării strategice.

Majoritatea statelor membre UE reglementează în mod expres obligația de supraveghere a managementului de către administratorii neexecutivi, însă stabilirea unui mecanism coerent de interpretare a standardului de diligență și prudență aplicabil rămâne o provocare a practicii judiciare. Majoritatea statelor determină standardele obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi în baza responsabilităților funcționale atribuite și a cunoștințelor de specialitate.

România este printre puținele jurisdicții europene care nu include printre obligațiile administratorilor neexecutivi monitorizarea directorilor executivi. Deși formularea legală nu exclude această funcție, obligația de supraveghere și de stabilire a politicilor strategice ale societății și îndatorirea de a crea sisteme interne de planificare și de control financiar incumbă consiliului de administrație în calitate de organ colegial, care absoarbe majoritatea atribuțiilor clasice inerente funcției neexecutive din *common law*. În societățile administrate în sistem dualist, consiliul de supraveghere îndeplinește o veritabilă funcție de supraveghere și de monitorizare a directoratului, având astfel aceleași obligații recomandate de jurisprudența anglo-saxonă în cazul administratorilor neexecutivi.

Observăm la nivel global o tendință de profesionalizare a funcției neexecutive și o agravare a regimului răspunderii *in concreto*, prin considerarea cunoștințelor, a experienței și a poziției administratorilor neexecutivi. Având în vedere evoluția funcției neexecutive, apreciem că particularizarea răspunderii membrilor consiliului de administrație fără atribuții executive este dezirabilă. Dat fiind faptul că administratorii neexecutivi se reunesc doar în ședințele consiliului de administrație și au acces limitat la informațiile despre operațiunile curente ale societății, solidaritatea legală instituită de legiuitorul român ar trebui nuanțată față de răspunderea membrilor organelor de administrare care au și atribuții executive.

2. Obligațiile administratorilor în cazurile de fuziuni și achiziții

256. În anul 2015, valoarea de tranzacționare a acțiunilor a atins valoarea maximă la nivel global după criza financiară din 2007⁴². În viziunea americană, administratorii trebuie să aibă în vedere în orice moment posibilitatea vânzării societății sau achiziționarea unei alte societăți, cântărind aceste opțiuni față de posibilitatea creșterii independente a societății.

Apreciem că, în prezent, rolul consiliului de administrație în contextul fuziunilor și al achizițiilor poate fi rezumat în doar trei cuvinte: promptitudine, anticipare și supraveghere. Obligațiile fiduciare clasice rămân aceleași pe care le-am expus în capitolele anterioare, astfel încât vom puncta doar particularitățile specifice în cazul fuziunilor și al achizițiilor, în ultimul caz, atât din perspectiva administrației societății cumpărătoare, cât și a societății vânzătoare.

Motivul pentru care consiliul de administrație are un cuvânt de spus în cazul unei fuziuni sau achiziții, în ciuda faptului că dreptul de proprietate supus transferului aparține acționarilor, rezidă în cunoștințele detaliate despre afacerea administrată. Un studiul la nivelul UE a constatat că în cazul preluărilor, acționarii gândesc adesea pe termen scurt, și nu înțeleg întotdeauna modelul de afaceri și riscurile unei preluări ostile, în vreme ce restul deținătorilor de interese privesc derularea afacerii pe termen lung. Procedurile de preluare implică adesea conflicte de interese între acționari și membrii administrației referitor la termenii și condițiile operațiunii și respectarea normelor legale și cele interne ale societății⁴³.

2.1. Obligația de diligență și prudență

257. În exprimarea atitudinii proactive, administratorii au obligația de a derula o cercetare cu privire la factorii interni și externi ai operațiunii. În primul rând, se impune o evaluare a strategiei prezente a societății, a

⁴² Lajoux, A.: *Role of the Board in M&A*, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 2015.

⁴³ *A Guide to Corporate Governance Practices in the EU*, un raport al International Finance Corporation, parte a World Bank Group și European Confederation of Directors Associations, 2016, p. 87. A se vedea și cazul societății farmaceutice AstraZeneca în Marea Britanie, care a refuzat o ofertă de preluare din partea societății Pfizer în 2014.

produselor sau serviciilor oferite și determinarea dacă fuziunea sau achiziția are un impact pozitiv asupra cifrei de afaceri, ori dimpotrivă, dacă această creștere poate fi obținută și independent de operațiune⁴⁴. Luând în considerare prețul de piață al societății administrate, răspunsurile pot fi multiple. În al doilea rând, administratorii ar trebui să efectueze o cercetare amănunțită a riscurilor și a oportunităților implicate de operațiunea propusă, considerând și potențialul strategic al acesteia. Indiferent dacă este vorba despre obligațiile administratorilor societății cumpărătoare sau ai societății vânzătoare, legea se concentrează pe procesul utilizat, pașii urmați, diligența și prudența depusă și nu pe decizia finală.

2.1.1. Obligațiile administrației societății cumpărătoare

258. În cazul unei fuziuni sau a unei oportunități de achiziționare a altei societăți, în evaluarea noilor oportunități operaționale la care societatea va fi expusă, precum noi piețe de desfacere sau acces la o tehnologie avansată, administratorii trebuie să aibă în vedere și posibilitatea reală de integrare a acestora în strategia de afaceri și în cultura organizațională. Considerațiile tactice vor trebui să includă evaluarea impactului asupra proceselor curente ale societății, implicațiile financiare și logistice, dar și efectele asupra salariaților.

Obligația de diligență și prudență a administratorilor societății cumpărătoare se exprimă printr-o investigare amănunțită a situației societății cumpărate, cunoscută în limbajul juridic drept „*due diligence*”. Administratorii trebuie să se informeze cu privire la datele critice, să apeleze la consultanță de specialitate, să ofere timp de analiză și deliberare membrilor organelor de administrare și acționarilor și să studieze cu atenție formularea și obiectivele clauzelor contractuale⁴⁵. În exercitarea acestei obligații, ei trebuie să depună eforturi pentru înțelegerea structurii operațiunii și a motivațiilor părților. Obiectivul procedurii de *due diligence* este observarea

⁴⁴ Raportul *Planning and Executing Successful Transactions*, oferit de firma de consultanță și compliance Protiviti, <https://www.protiviti.com/US-en/insights/planning-and-executing-successful-transactions> [accesat la data de 10.01.2019].

⁴⁵ Cauza *Ash v. McCall*, LEXIS 144, 15 septembrie 2000, Delaware Chancery Court.

riscurilor asociate societății vânzătoare pentru stabilirea prețului final, evaluarea valorii activelor acesteia, a structurii și a partenerilor⁴⁶.

Procesul de *due diligence* trebuie să acopere în primul rând documentele principale ale societății, respectiv actele și registrele societății care conțin certificatul de înregistrare, actul constitutiv și actele adiționale, mențiunile depuse la ORC, registrul ședințelor și al deliberărilor AGA, ale consiliului de administrație, ale cenzorilor, ale auditorilor interni, etc. În plus, se va verifica și registrul acționarilor în cazul societăților deschise sau registrul acțiunilor. În al doilea rând, se vor verifica documentele legale necesare funcționării și derulării activității societății, precum autorizații și licențe de funcționare, avize, certificatul fiscal, etc. În al treilea rând se va verifica patrimoniul societății sub aspectul evaluării activelor și pasivului după cum urmează. Se va întocmi un inventar al principalelor active fixe și al drepturilor de proprietate și se va verifica dacă acestea sunt asigurate conform legii. Investigația ar trebui să privească și activele nepatrimoniale, precum licențe, francize și alte drepturi de proprietate intelectuală sau industrială ori avantaje conferite de diferite drepturi exclusive de producție ori de distribuție. Se va verifica existența contractelor de leasing și de închiriere, a contractelor de credit și executarea acestora, dar și sarcinile constituite asupra activelor societății sau eventualele garanții oferite⁴⁷. În ceea ce privește pasivul, se impune întocmirea unei liste a datoriilor și a principalilor creditori, și, concomitent, o listă a creanțelor și a principalilor debitori.

Verificarea situațiilor financiare ar trebui efectuată cu ajutorul consultanței de specialitate, care să fie în măsură să identifice neregulile și să interpreteze actele contabile și constatările organelor de inspecție fiscală. În ceea ce privește consultanța de specialitate solicitată, indiferent dacă aceasta vizează detaliile financiare, legale sau tehnice, administratorii trebuie să dovedească propria lor judecată de afaceri și nu să preia ca atare recomandările obținute fără a analiza în ansamblu implicațiile acestora,

⁴⁶ Lewis, T., Gibb, G.: *Takeovers and Stakebuilding*, în volumul Panesar, R. Boeckman, P.: *European Securities Law*, Ed. Oxford University Press, New York, p. 282.

⁴⁷ Bodu, S. V.: *Transferul acțiunilor într-o societate comercială*, RRDA nr. 3/2016, pp. 83-84.

deoarece o astfel de delegare a judecății de afaceri denotă lipsa bunei-credințe sau chiar neglijență gravă⁴⁸.

Investigația diligentă ar trebui să acopere actele și deciziile organelor de administrare și alte acorduri interne, clauze de agrement, drepturi de preempțiune, opțiuni de subscripție sau de conversie, opțiuni de răscumpărare a acțiunilor și planuri de participare la profit, pentru a dobândi o imagine de ansamblu asupra situației economice a societății. Mai pot fi de interes contractul colectiv de muncă și relația cu sindicatul, consultanții și partenerii agreați, litigiile aflate pe rolul instanțelor și cele iminente, imaginea publică a societății⁴⁹ și alte elemente, în funcție de obiectul de activitate al societății-țintă, care pot prezenta interes pentru ofertant.

Administratorii societății cumpărătoare trebuie să încerce să obțină cel mai bun acord referitor la preț, la integrarea produselor, a angajaților și a proceselor. Ei vor avea în vedere direcția strategică a societății, potențialele oportunități și obstacole, dar și vulnerabilitățile societății, precum prețul acțiunii, concurența sau clientela. În evaluarea corectitudinii prețului, administratorul trebuie să observe și tendințele din branșa respectivă.

Aplicând scepticismul constructiv, administratorii trebuie să adreseze întrebările potrivite pentru a identifica barierele legale și financiare și pentru a se asigura că toate aspectele rezonabile ale operațiunii au fost luate în calcul. Având în vedere dificultatea menținerii obiectivității, implicarea administratorilor neexecutivi și independenți este deosebit de utilă. Un aspect observat ca fiind imperativ în majoritatea jurisdicțiilor de *common law* și de drept civil este păstrarea confidențialității informațiilor de care au luat cunoștință cu privire la societatea cu care se tranzacționează și deliberările consiliului.

259. O preluare amiabilă are loc în cazul în care oferta publică de preluare este susținută de organele de administrare ale societății. O ofertă publică de preluare devine ostilă dacă aceasta este tratată cu indiferență sau respinsă de membrii organelor de administrare și este ulterior făcută direct

⁴⁸ Cauza *Unitrin Inc. v. American General Corp.*, supra 626 și cauza *Paramount Communications*, supra 749.

⁴⁹ A se vedea Bodu, S. V., art. precitat supra 907, p. 84.

acționarilor societății-țintă, în ciuda opoziției administrației⁵⁰. Exprimarea ostilității consiliului de administrație față de o ofertă de preluare are loc prin recomandarea negativă făcută de consiliul societății-țintă acționarilor și poate fi urmată uneori de măsuri defensive sau presiuni juridice și economice ale uneia dintre părți. În cazul în care oferta devine ostilă, ofertantul va avea acces doar la informațiile publice pe care societatea-țintă este obligată să le publice conform legii. În cazul ofertelor amiabile, oferirea de informații în procedura de *due diligence* va face obiectul negocierilor⁵¹. În practică, exprimarea ostilității nu are loc doar prin persuasiunea acționarilor despre lipsa de oportunitate și despre dezavantajele ofertei, ci administratorii iau diferite măsuri pentru a evita preluarea, numite *măsuri defensive*. Măsurile defensive permise pot fi cuprinse chiar și în actul constitutiv sau în contractul de administrare și pot fi luate înaintea anunțului preliminar sau ulterior. Măsurile defensive utilizate de un consiliu de administrație sunt în general limitarea exercitării drepturilor acționarilor în ceea ce privește convocarea AGA sau exercitarea dreptului de vot. Preluările, în special cele ostile, par să sporească, cel puțin temporar, beneficiile acționarilor, prin lupta deschisă pe piață pentru controlul societății⁵². În cazul preluărilor amiabile, riscul la care sunt expuși acționarii minoritari este mai mare, prin acceptarea unui preț mai mic de către consiliu sau de acționari ori prin condiții suplimentare ale operațiunii la care aceștia nu au acces.

În SUA, situația reglementării preluărilor ostile este foarte polarizată. În vreme ce unele state au emis reglementări stricte cu privire la măsurile defensive, alte state au lăsat instanțelor libertatea de a decide oportunitatea măsurilor luate de consiliul de administrație al societății țintă. La polul opus se află legislația de drept continental, care a implementat dreptul european inspirat la rândul său de modelul britanic.

⁵⁰ Bodu, S. V.: *Piața de capital. Legea nr. 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață*, Ed. Rosetti, București, 2018 (comentariu la art. 31 din Legea nr. 24/2017).

⁵¹ A se vedea Lewis, T., Gibb, G., *op. cit. supra* 906, p. 282.

⁵² Ventoruzzo, M.: *Europe's Thirteenth Directive and U.S. Takeover Regulation: Regulatory Means and Political Economic Ends*, Texas International Law Journal nr. 41/2006, p. 177.

2.1.2. Obligațiile administrației societății-țintă

260. În cazul unei oferte de cumpărare a societății în totalitate sau în parte, problema principală care se pune este cea a prețului de vânzare. Pentru analiza acestui aspect, cauza *Revlon*⁵³ a rămas în istoria dreptului ca fiind cel mai important precedent în care instanța a evaluat obligațiile fiduciare ale administratorilor în contextul unei preluări și care a dat naștere *doctrinei Revlon*, urmată de jurisprudența de *common law* și în prezent. Standardul „*Revlon*” se aplică cu precădere în cazurile de preluare, când principala obligație a administrației este potrivit dreptului american maximizarea valorii societății în beneficiul acționarilor, privită ca un activ de vânzare.

Odată cu evoluția instituțiilor de guvernanță corporativă modernă și a complexității relațiilor de afaceri, jurisprudența s-a adaptat și utilizează în prezent trei standarde de evaluare a obligațiilor fiduciare exprimate în cazul unei operațiuni disputate, regula judecății de afaceri, Standardul de evaluare aprofundată (*Enhanced Scrutiny*) și proba corectitudinii și a echității (*Entire fairness*), aplicabilitatea lor depinzând de raportul pe care administratorii îl au cu decizia de afaceri dedusă judecății. În urma studierii cauzelor recente pronunțate de instanțele din Delaware, am selectat câteva scenarii asociate standardelor de evaluare aplicabile (Tabel nr. 4).

În cauza *Revlon*, instanța a descris rolul consiliului de administrație ca fiind acela al unui licitator neutru pentru obținerea prețului corect. În scopul evitării încheierii unei „cesiuni frauduloase”⁵⁴, obligația administratorilor este de a se asigura că prețul de vânzare este unul corect și de a prezenta situația reală a societății, a activelor și a pasivului acesteia.

Evaluarea propunerilor de preluare a societății va trebui realizată cu diligență și prudență, loialitate și bună-credință, pentru ca decizia de afaceri să poată beneficia de efectele regulii judecății de afaceri. În cazul vânzării

⁵³ Cauza *Revlon*, *supra* 760.

⁵⁴ Numită în doctrina de *common law* „*fraudulent conveyance*”. A se vedea Lajoux, A., art. precitat *supra* 902.

societății se pune problema evaluării opțiunilor alternative, atât în ceea ce privește alte oferte de cumpărare, cât și a efectelor vânzării societății. Apreciem că administratorii trebuie să acorde în acest caz atenție deosebită obligațiilor legale și statutare în ceea ce privește aprobarea vânzării și păstrarea angajaților cu experiență.

În îndeplinirea obligației de diligență și prudență, administratorii vor trebui să exercite o supraveghere mai atentă a personalului încadrat, mai ales referitor la îndeplinirea obligațiilor legale de notificare, de informare sau de parcurgere a unor proceduri legale. Dacă în baza consultanței obținute, administratorii apreciază că o propunere de preluare reprezintă o amenințare pentru societate, adoptarea unor măsuri defensive nu poate fi calificată ca o măsură imprudentă⁵⁵. Prin aplicarea standardului *Unocal*⁵⁶, administratorii nu pot rămâne pasivi în fața unei amenințări a controlului societății. Potrivit acestui standard, administratorii trebuie să fie complet informați și decizia de a întreprinde tactici defensive trebuie să fie rezultatul unei evaluări atente a alternativelor și a proporționalității măsurii. În general, standardul *Unocal* se aplică în situațiile în care consiliul de administrație simte o amenințare în ceea ce privește controlul politicilor sociale sau al societății. Ca atare, în aceste situații, obligațiile consiliului de administrație sunt mai pronunțate în sensul avansării interesului superior al societății și al acționarilor. Dacă administratorii îndeplinesc standardul caracterului rezonabil, măsurile defensive vor fi protejate de regula judecății de afaceri, în caz contrar, acestea vor fi invalidate dacă administratorii nu pot demonstra deplina corectitudine și echitate⁵⁷.

Obligațiile de tip *Revlon* presupun cântărirea alternativelor prin exercitarea unui rol activ în evaluarea și perfectarea operațiunii. Am menționat în capitolul V că, atunci când se evaluează îndeplinirea obligației de loialitate, instanțele din Delaware vor verifica prețul echitabil și caracterul echitabil al operațiunii „*fair deal and fair price*”.

⁵⁵ Cauza *Gilbert v. The El Paso Co.*, 575 A.2d 1131, Curtea Supremă din Delaware, 1990.

⁵⁶ Cauza *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, *supra* 750.

⁵⁷ A se vedea Fleischer, A., Sussman, A. R., Weinstein, G.: *Directors' Fiduciary Duties In Takeovers And Mergers*, Ed. Wolters Kluwer, New York, 2017, p. 109 și capitolul V al prezentei lucrări.

Tabel 4. Standardele de evaluare aplicabile administratorilor în *common law* în cazurile de fuziuni și achiziții.

Scenariu	Regula judecății de afaceri	Proba corectitudinii și echității (<i>Entire fairness test</i>)
Majoritatea consiliului de administrație este formată din membri independenți și neinteresați și NU există un acționar majoritar ⁵⁸	✓	
Majoritatea consiliului de administrație NU este formată din membri independenți și neinteresați și NU există un acționar majoritar	Dacă există votul unui comitet specializat independent ⁵⁹ sau votul liber exprimat al acționarilor ⁶⁰	✓ ⁶¹
Nici unul dintre membrii consiliului de administrație NU este independent sau neinteresat și NU există un acționar majoritar	Dacă există votul liber exprimat al acționarilor ⁶²	✓ ⁶³
Majoritatea consiliului de administrație este formată din membri independenți și neinteresați și acționarul majoritar are interese în ambele părți ale operațiunii	Votul unui comitet specializat va răsturna sarcina probei și o va alocă reclamantului. Regula judecății de afaceri se aplică dacă există votul comitetului specializat și votul liber exprimat al majorității acționarilor minoritari ⁶⁴ .	✓
Majoritatea consiliului de administrație NU este formată din membri independenți și neinteresați și acționarul majoritar are interese în ambele părți ale operațiunii	Votul unui comitet specializat sau al majorității acționarilor minoritari va alocă sarcina probei reclamantului ⁶⁵ . Regula judecății de afaceri se aplică dacă există votul comitetului specializat și votul liber exprimat al majorității acționarilor minoritari ⁶⁶ .	✓

⁵⁸ Cauza *In re Trados Inc. Shareholder Litig.*, supra 788, cauza *Chaffin v. GNI Group, Inc.*, 16211-NC, WL 721596, Delaware Chancery Court, 1999.

⁵⁹ Cauza *In re W. National Shareholder Litigation*, 159927, 2000 WL 71092, Delaware Chancery Court, 2000; cauza *In re PNB Holding Co. Shareholder Litigation*, 28-N WL 2403999, Delaware Chancery Court, 2006.

⁶⁰ Cauza *Chen v. Howard-Anderson*, 87 A.3d.448, Delaware Chancery Court, 2014.

⁶¹ Cauza *Gentile v. Rossette*, 20213-VCN, WL 2171613, Delaware Chancery Court, 2010; cauza *Beam ex. re, Martha Stewart Living Omnimedia Inc. v. Stewart*, supra 824.

⁶² Laster, T. J.: *The Effect of Stockholder Approval on Enhanced Scrutiny*, William Mitchell Law Review vol. 40, nr. 4/2014.

⁶³ A se vedea cauza *In re PNB Holding*, supra 919.

⁶⁴ Cauza *Kahn v. M&F Worldwide Corporation*, 88 A.3d 635, Curtea Supremă din Delaware, 2014.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ O asemenea operațiune este supusă Standardului de evaluare aprofundată (*Enhanced scrutiny*), standardul putând fi deplasat spre regula judecății de afaceri, chiar dacă se aplică principiile de tip *Revlon*, dacă operațiunea este aprobată de majoritatea acționarilor minoritari, presupuși a fi neinteresați.

Scenariu	Regula judecății de afaceri	Proba corectitudinii și echității (<i>Entire fairness test</i>)
Majoritatea consiliului de administrație este formată din membri care sunt independenți și neinteresați cu privire la interesele acționarului majoritar. Acționarul majoritar NU are interese în ambele părți ale operațiunii și este tratat la fel ca toți ceilalți acționari	✓ ⁶⁷	
Majoritatea consiliului de administrație NU este formată din membri care sunt independenți și neinteresați cu privire la interesele acționarului majoritar. Acționarul majoritar NU are interese în ambele părți ale operațiunii și este tratat la fel ca toți ceilalți acționari	✓ ⁶⁸	
Majoritatea consiliului de administrație este formată din membri care sunt independenți și neinteresați cu privire la interesele acționarului majoritar. Acționarul majoritar NU are interese în ambele părți ale operațiunii, dar NU este tratat la fel ca toți ceilalți acționari	Votul unui comitet specializat sau al majorității acționarilor minoritari va alocă sarcina probei reclamantului. Regula judecății de afaceri se aplică dacă există votul comitetului specializat și votul liber exprimat al majorității acționarilor minoritari	✓ ⁶⁹
Majoritatea consiliului de administrație NU este formată din membri care sunt independenți și neinteresați cu privire la interesele acționarului majoritar. Acționarul majoritar NU are interese în ambele părți ale operațiunii, dar NU este tratat la fel ca toți ceilalți acționari	Votul unui comitet specializat sau al majorității acționarilor minoritari va răsturna sarcina probei și o va alocă reclamantului. Regula judecății de afaceri se aplică dacă există votul comitetului specializat și votul liber exprimat al majorității acționarilor minoritari.	✓ ⁷⁰

Administratorii trebuie să se asigure de faptul că acționarii își pot exercita dreptul de vot, iar dacă actele lor afectează exercițiul acestui drept al acționarilor, instanțele vor evalua în detaliu intenția și efectul acelor acte. Obstrucționarea exercitării dreptului de vot al acționarilor cu scopul menținerii funcției lor reprezintă un scop ilicit și contrar principiilor guvernantei corporative⁷¹ (standardul *Schnell*), iar avansarea unui scop

⁶⁷ Cauza *In re Synthes Inc. Shareholder Litigation*, 50 A. 3d. 1022, Delaware Chancery Court, 2012.

⁶⁸ Cauza *In re Crimson Exploration Inc. Shareholder Litig.*, WL 5449419, Delaware Chancery Court, 2014; cauza *Larkin v. Shah*, 1098-VCS, Delaware Chancery Court, 2016.

⁶⁹ Cauza *In re John Q. Hammons Hotels Inc. Shareholder Litigation*, 758-CC, WL 227634, Delaware Chancery Court, 2014.

⁷⁰ Cauza *Tele-Communications*, 16470, WL 3642727, Delaware Chancery Court, 2005.

⁷¹ Cauza *Schnell v. Chris-Craft Indus. Inc.*, *supra* 783.

imoral, ilicit ori neloial pentru menținerea puterii atrage de asemenea aplicarea unui standard de evaluare mai strict.

261. Subliniem că obligațiile de tip *Revlon*, anume de a obține cea mai bună ofertă posibilă, sunt declanșate doar dacă societatea este de vânzare sau dacă i se propune o operațiune de reorganizare. În afară de aceste situații, membrii consiliului de administrație al societății-țintă au obligația de a rezista oricărei achiziții forțate și ofertelor nesolicitate⁷². În cauza *Revlon*, Curtea Supremă din Delaware a anulat decizia consiliului de administrație Revlon prin care s-a oferit unui investitor⁷³ posibilitatea de a achiziționa societatea, incluzând clauza de negociere exclusivă, daune pentru denunțarea acceptului de negociere și o clauză care instituia un drept de preemțiune al ofertantului, pentru că aceste acorduri împiedicau concurența naturală și au lipsit societatea de alte oferte⁷⁴. Odată ce consiliul de administrație a decis să vândă societatea, obligațiile membrilor săi s-au deplasat de la menținerea integrității societății la maximizarea averii acționarilor, prin atingerea unicului obiectiv de a obține cel mai mare preț posibil⁷⁵. Astfel, se recomandă prospectarea prețului pieței prin comparații și prin obținerea consultanței de specialitate, însă jurisprudența admite că nu există un stereotip pentru această procedură și nici nu se impune obținerea înțelegerii ideale.

262. Practica americană a dezvoltat o serie de mecanisme de protecție a negocierilor, pe care administratorii le utilizează în avantajul lor. În primul

⁷² A se vedea Fleischer, A. et al., *op. cit. supra* 917, pp.111-113 și cauza *Unitrin*, *supra* 773.

⁷³ În *common law*, denumirea de „white knight” este dată unui investitor prietenos, care achiziționează societatea la un preț corect, având susținerea consiliului de administrație. Această situație se poate întâlni concomitent cu o ofertă ostilă din partea unui alt cumpărător (*black knight*) sau în cazul unei societăți aflate în insolvență. *White knights* sunt preferați de către consiliul de administrație (când administratorii acționează cu bună-credință față de societate și acționari) și de către manageri, datorită faptului că în majoritatea cazurilor, acest investitor nu înlocuiește consiliul de administrație actual, în vreme ce un *black knight* va căuta să înlocuiască administratorii cu unii noi care să reflecte interesele sale în societate.

⁷⁴ În cauza *Paramont Communications Inc. v. QVV Network*, Curtea Supremă din Delaware, 1994, instanța a reținut că hotărârile consiliului de administrație privind interdicția de vânzare a acțiunilor ar interfera cu abilitatea administratorilor de a negocia cu alt ofertant cunoscut, dacă societatea se află în modul „*Revlon*”.

⁷⁵ Cauza *Malpiede v. Townson*, 780 A.2d 1075, Curtea Supremă din Delaware, 2001 și cauza *Barkan*, *supra* 764.

rând, *clauza no-shop*, limitează posibilitățile societății vânzătoare de a solicita alte oferte concurente. În al doilea rând, părțile pot include o clauză de confidențialitate, prin care se interzice societății cumpărătoare de a releva oferta sau detaliile acesteia unui terț. În al treilea rând, părțile pot prevedea *daunele breakup*⁷⁶, prin care societatea vânzătoare se obligă să plătească ofertantului o sumă de bani cu titlu de daune în cazul în care întrerupe intempestiv negocierile sau reziliază ante-contractul. Acest tip de daune reprezintă o despăgubire contractuală pe care partea care face aplicarea clauzei de denunțare trebuie să o plătească celeilalte pentru a acoperi prejudiciul suferit ca urmare a desființării contractului. În lipsa unei clauze penale, stabilirea despăgubirilor este lăsată la latitudinea instanței⁷⁷. Uneori, administratorii includ în contract condiția perfectării fuziunii sau a achiziției în urma obținerii votului acționarilor referitor la condițiile negociate. O ultimă clauză întâlnită în practică este clauza *lock-up*, care interzice societății vânzătoare negocierea de operațiuni similare cu alte societăți pe o perioadă determinată de timp⁷⁸.

În vreme ce clauza „*no-shop*” interzice orice fel de solicitare sau negociere în vederea încheierii unor operațiuni cu societăți concurente cumpărătoarei, clauza „*no-talk*” interzice furnizarea oricărui tip de informație concurenților cumpărătoarei. Având în vedere faptul că aceste clauze pot uneori împiedica membrii consiliului de administrație să ia o decizie informată cu privire la fuziune, acestea sunt privite cu scepticism de instanțe⁷⁹. S-a reținut în practică faptul că și decizia de a nu negocia cu alți cumpărători poate reprezenta o decizie informată⁸⁰.

⁷⁶ A se vedea Fleischer, A. et al., *op. cit. supra* 917, pp.118-121; Strine, L. E.: *Categorical Confusion: Deal Protection Measures in Stock-for-Stock Merger Agreements*, Business Law Review nr. 56/2001, pp. 918-920 și Varallo, G. V., Raju, S. M.: *A Process Based Model for Analyzing Deal Protection Measures*, Business Law Review nr. 55/2000, p. 1609.

⁷⁷ Bodu, S. V.: *Legea societăților comentată și adnotată*, Ed. Rosetti, București, 2016 (comentariu la art. 238 LS).

⁷⁸ Subramanian, G.: *A Buy-Side Model of M&A Lockups: Theory and Evidence*, Stanford Law Review nr. 53/2000, pp. 308-315.

⁷⁹ Cauza *McMillan v. Intercargo Corp.*, 768 A.2d, Delaware Chancery Court, 2000.

⁸⁰ Cauza *ACE Ltd. v. Capital Re Corp.*, 747 A.2d 95, 107, Delaware Chancery Court, 1999, cauza *In re IXC Communications, Inc. Shareholder Litigation*, WL 1009174, Delaware Chancery Court, 1999.

În vederea asigurării respectării obligațiilor fiduciare de către consiliul de administrație, practica a dezvoltat clauza „*fiduciary out*”, care reprezintă de altfel o excepție a clauzei „*no-shop*”, permițând consiliului societății țintă să ia anumite măsuri, inclusiv rezoluțiunea operațiunii acoperită de clauza „*no-shop*” dacă perfectarea acesteia ar determina încălcarea obligațiilor lor fiduciare în raport cu societatea administrată. Clauza „*fiduciary out*” permite administratorilor să evalueze și, după caz, să accepte o ofertă concurentă nesolicitată dacă apreciază că aceasta reprezintă o propunere mai favorabilă pentru societate. Aplicabilitatea acestei clauze este limitată la elementele negocierilor purtate cu societatea cumpărătoare în ceea ce privește înțelegerea termenului de „ofertă superioară” și este de obicei întâlnită în cazurile în care consiliul de administrație este supus obligațiilor de tip *Revlon*⁸¹.

2.2. Obligația de loialitate

263. Obligația de loialitate devine deosebit de importantă în contextul fuziunilor, deoarece, în general, compunerea organelor de administrare se va schimba. Potrivit unui studiu realizat în anul 2008, majoritatea administratorilor societăților cumpărătoare rămân membri ai consiliului de administrație, iar șansa cea mai mare o au administratorii independenți⁸². În contextul unei fuziuni, obligația de loialitate se exprimă mai ales prin furnizarea unei opinii sincere și informate despre oportunitatea și valoarea fuziunii, respectiv dacă aceasta ar fi în interesul societății.

Conflictele de interese pot determina aplicarea unui criteriu mai strict de evaluare *ex post* a conduitei administratorului. Conflictele de interese pot include interesul personal în menținerea poziției, primirea unei compensații sau a unei indemnizații în urma schimbării controlului, menținerea reputației, cumpărarea acțiunilor la un preț preferențial, etc.

⁸¹ Stanchfield, M. A.: *Fiduciary Duties in Negotiated Acquisitions: Questioning the Legal Requirement for "outs"*, William Mitchell Law Review vol. 27, nr. 4/2001. Pentru o explicație exhaustivă a efectelor clauzei „*fiduciary out*”, a se vedea Velasco, J.: *Fiduciary Duties and Fiduciary Outs*, Notre Dame Law School Journal nr. 4/2013.

⁸² McLaughlin, K. W., Ghosh, C.: *The Dynamics of Post-Merger Boards: Retention Decisions and Performance Effects*, University of Connecticut, Storrs Law Review nr. 10/2008.

Obligația de loialitate impune administratorilor să nu acționeze în avansarea unui interes personal sau străin societății, precum păstrarea propriei poziții în consiliul de administrație. Având în vedere riscul oricărui membru al unui organ de administrare în contextul unei fuziuni sau achiziții de a-și pierde poziția deținută, s-a reținut în practică ideea că simplul interes al administratorului de a-și menține funcția, în lipsa exercitării unor acte neloiale concrete, nu justifică lipsa de parțialitate a acestuia și nu răstoarnă prezumția instituită de regula judecării de afaceri⁸³. Regula se aplică oricărei decizii de a accepta sau de a refuza o ofertă de preluare, iar un administrator nu are obligația de a negocia o ofertă, dacă ia această decizie în mod informat, cu bună-credință și în promovarea intereselor superioare ale societății⁸⁴.

Menționăm că raționamentele administratorilor de a respinge o ofertă amiabilă nu trebuie reduse la cazuri de conflicte de interese, cum ar fi asigurarea propriilor funcții. Aceștia pot uneori spera în mod justificat la creșterea prețului acțiunilor în urma câștigării unor litigii sau a dezvoltării unui nou produs. De aceea, în contextul schimbării controlului, se recomandă instituirea unor mecanisme mai puternice de supraveghere și remunerare a administratorilor⁸⁵.

2.3. Drept comparat și drept european

264. Numărul operațiunilor de fuziuni și achiziții transfrontaliere a crescut substanțial în Europa după anul 2000, observându-se o implicare crescută a autorităților naționale de reglementare a concurenței. În Marea Britanie, achizițiile au loc de obicei în urma unei oferte de preluare sau a unei scheme de achiziție aprobată de instanță. Fuziunile sunt guvernate de *UK Companies Act 2006* și de Codul transferurilor și al fuziunilor, coroborate cu câteva regulamente speciale⁸⁶, iar autoritatea de supraveghere în domeniu este *Panel on Takeovers and Mergers*. În urma primirii unei oferte de preluare,

⁸³ Cauza *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345, 362, 365, Curtea Supremă din Delaware, 1993.

⁸⁴ A se vedea Fleischer, A. et al., *op. cit. supra* 917, p. 105 și cauza *Unitrin*, *supra* 773.

⁸⁵ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 910 (comentariu la art. 31 din Legea nr. 24/2017).

⁸⁶ *City Code* sau *Takeover Code*. Raportul *Regulation of Public M&A in Europe, Legal Guide*, ediția a 3-a, Ed. Herbert Smith Freehills, Londra, 2015, p. 14.

consiliul de administrație are dreptul de a solicita oferte mai avantajoase. Codul interzice clauzele *no-shop* în cazul societăților listate, însă derogarea de la această regulă este permisă cu aprobarea Autorității pentru Servicii Financiare. Membrii consiliului de administrație sunt obligați să acționeze în interesul tuturor acționarilor și să nu îi priveze pe aceștia de informații referitoare la o ofertă pe care o consideră de bună-credință⁸⁷. Potrivit legii, aceștia sunt obligați să solicite consultanță financiară externă în momentul considerării unei oferte de preluare și să expună propria opinie acționarilor, grupurilor majore de interes, inclusiv angajaților⁸⁸. Legea prevede în mod expres faptul că administratorii trebuie să ia în considerare și alte aspecte în afară de prețul oferit⁸⁹.

Preluarea controlului unei societăți în Franța se obține în general prin oferte publice voluntare sau obligatorii. Legile aplicabile sunt *Code monétaire et financier* și *Code de commerce*, iar autoritatea competentă de supraveghere este *l'Autorité des Marchés Financiers*. Potrivit recomandărilor Bursei de Valori, societatea vânzătoare va autoriza cercetările de *due diligence* doar în cazul în care cumpărătoarea demonstrează un interes serios și în urma obținerii unei obligații de confidențialitate, iar în cazul preluărilor ostile, *due diligence* se va limita la informațiile disponibile publicului. Mecanismele defensive sunt permise, fie înainte, fie după recepționarea ofertei de preluare ostilă, chiar și fără autorizarea adunării generale, însă fără a încălca competențele acesteia. Aceste măsuri pot consta în vânzarea de acțiuni sau a unor active importante ale societății, recumpărarea acțiunilor sau solicitarea altor oferte. Potrivit dreptului francez, deciziile referitoare la strategia și politicile societății sunt de competența consiliului de administrație, în special în ceea ce privește viitorul societății⁹⁰. Se recomandă ca organele de

⁸⁷ Godden, R.: *Implementation of the European Takeover Directive in the United Kingdom*, în volumul Hooghten, P.: *European Takeover Directive and its Implementation*, Oxford University Press, Londra, 2009, p. 743.

⁸⁸ Regula 25.5 și 25.1 din *UK Takeover Code*.

⁸⁹ Armour, J., Skeel, D. A. : *Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? – The Peculiar Divergence*

of U.S. and U.K. Takeover Regulation, *Georgetown Law Journal* nr. 95/2007, p. 1730.

⁹⁰ Codul de guvernanță corporativă al *Association Française des Entreprises Privées* (AfeP) 2018 și al *Mouvement des Entreprises de France* (Medef), AfeP-Medef Code.

administrare să se implice timpuriu în operațiune și să stabilească dacă aceasta corespunde strategiei și intereselor societății⁹¹.

În cazul în care un administrator sau un acționar al unei SA listate se află în conflict de interese, se va stabili un comitet intern *ad-hoc* format din membri independenți, care va pregăti deciziile consiliului și va asigura un proces transparent. În urma reformei legislative franceze, prevederile legii se apropie de sistemul american prin abrogarea „*no frustration rule*” și prin reglementarea potrivit căreia, aprobarea adunării generale pentru întreprinderea măsurilor defensive să poată fi obținută și anterior primirii ofertei. La fel ca și în SUA, administratorii sunt obligați să solicite consultanță externă în ceea ce privește prețul oferit.

265. Preluarea controlului societăților în Germania este reglementată de mai multe legi, din care cele mai importante sunt Legea titlurilor de valoare și a preluărilor (*Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz – WpÜG*) și Legea transformărilor societare (*Umwandlungsgesetz*), a căror respectare este supravegheată de autoritatea germană de concurență (*Bundeskartellamt*). Structurarea preluărilor are loc sub forma unei oferte de preluare sau scheme de achiziție aprobată de instanță. Practica germană urmează recomandarea Directivei 2004/25/CE privind ofertele publice de cumpărare, iar posibilitățile consiliului de administrație de a lua măsuri defensive după primirea unei oferte de cumpărare sunt limitate. După modelul britanic, în urma primirii unei oferte de preluare, consiliul de administrație are dreptul de a solicita oferte mai avantajoase (*white knight*). Măsurile defensive împotriva preluării propuse de membrii directoratului unei societăți germane sunt supuse aprobării consiliului de supraveghere. Deși consiliul de supraveghere este independent de AGA, doctrina apreciază că, având în vedere faptul că membrii acestui consiliu sunt numiți tot de acționari și uneori de sindicat, ei nu sunt absolut independenți de acționariat și pot fi uneori în conflict de interese cu acționarii minoritari⁹² sau pot favoriza directoratul⁹³. În ciuda caracterului strict al reglementării germane, legiuitorul a prevăzut o excepție, prin care, în cazul iminenței unei preluări,

⁹¹ Art. L.225-37 și L.225-68 Code de Commerce.

⁹² Steinhauer, C.: *The new German Rule on Public Purchase offers/ La Nuova Legge Tedesca Sulle Offerte Pubbliche di Acquisto*, *Giurisprudenza* nr. 29/2002, pp. 392-399.

⁹³ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 910 (comentariu la art. 31 din Legea nr. 24/2017).

acționarii pot conferi un mandat general consiliului, de a modifica actul constitutiv, o atribuție care este rezervată acționarilor în majoritatea jurisdicțiilor de drept civil⁹⁴.

Potrivit dreptului german, obligația de confidențialitate a membrilor organelor de administrare este deosebit de importantă. Decizia de a achiziționa o altă societate aparține directoratului, însă Codul de guvernanță recomandă aprobarea prealabilă din partea consiliului de supraveghere. Dacă un membru al directoratului sau al consiliului de supraveghere nu informează directorul general sau președintele consiliului de supraveghere sau nu se abține de la deliberări privind decizia, este posibil ca această decizie să nu beneficieze în ansamblul ei de protecția regulii judecății de afaceri. Instituirea unui comitet special nu este obligatorie, dar are loc în practică destul de des în cazul existenței unui conflict de interese.

266. Obținerea controlului de către un acționar este permisă în toate jurisdicțiile, însă se supune unor restricții diferite, ca urmare a implementării distincte a Directivei 2004/25/CE privind ofertele publice de cumpărare. Un studiu comparativ a revelat că majoritatea statelor au optat pentru abordări similare și referitor la aspectele care nu au fost armonizate de dreptul european⁹⁵. În Marea Britanie, Franța, Germania, societatea vânzătoare nu este obligată să permită cumpărătoarei să-și exercite cercetările *due diligence* și acestea se limitează adesea la informațiile publice. În Marea Britanie, *break fees* sunt în principiu interzise de lege, deoarece amenință independența administratorilor societății vânzătoare. Deși în Germania prevederea contractuală a acestui tip de daune nu este în principiu interzisă, este descurajată pentru aceleași considerente. Diferențele importante între reglementările naționale se observă în ceea ce privește regulile generale care interzic măsurile defensive ilicite și regulile codeterminării⁹⁶.

⁹⁴ Potrivit art. 33 alin. 2 *Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*, după publicarea acceptării unei oferte de preluare, adunarea generală a societății-țintă poate conferi consiliului de administrație puteri care cad în mod obișnuit în competența adunării generale, pe o perioadă de maxim 18 luni.

⁹⁵ Belcredi, M., Pellegrini, B. C.: *Difese Antiscalata e Acquisizioni Cross-border in Europa: Situazione e Prospettive*, Rivista Bancaria Minerva nr. 4/2002, Milano.

⁹⁶ Davies, P. L., Hopt, K. J.: *Boards in Europe – Accountability and Convergence*, ECGL, Working Paper Series in Law nr. 205/2013, p. 1.

Preluările și fuziunile sunt reglementate mult mai comprehensiv în UE față de dreptul american⁹⁷. Directiva 2004/25/CE conține restricții semnificative în ceea ce privește actele ofertanților și ale societății vânzătoare și măsurile defensive permise. Directiva are ca obiectiv crearea unui cadru minim de armonizare a reglementărilor privind ofertele de cumpărare și un câmp comun de derulare a fuziunilor transfrontaliere în spațiul UE. Acest act se aplică ofertelor de cumpărare a societăților deschise la tranzacționare pe o piață reglementată dintr-unul sau mai multe state membre UE.

267. Reglementarea măsurilor defensive este importantă prin prisma răspunderii. Această răspundere este mai eficientă decât revocarea potrivit dreptului comun, care poate să nu fie agreată de toți acționarii societății cumpărătoare, și decât răspunderea pentru încălcarea obligațiilor fiduciare, care este dificil de probat și nu se bucură de o jurisprudență unitară⁹⁸. Faptul că măsurile defensive permise în cazul unei preluări reprezintă unul dintre cele mai controversate aspecte în toate statele membre nu este astfel surprinzător. În general, consiliul poate lua măsuri defensive în mod discreționar înaintea unei preluări, însă obstrucționarea unei oferte anticipate sau anunțate este interzisă în majoritatea statelor, printre care Marea Britanie și Franța⁹⁹. Potrivit acestei reguli, se impune obținerea aprobării adunării generale pentru măsuri defensive întreprinse dacă o ofertă publică de cumpărare este iminentă sau a fost emisă.

Observăm că modelul european urmează modelul britanic de stimulare a administrației de a atinge performanțe maxime în îndeplinirea atribuțiilor, și nu de a lupta pentru menținerea funcției. Potrivit acestei viziuni, obligația consiliului de administrație de a păstra un caracter neutru presupune interzicerea de a boicota oferta publică. În majoritatea statelor, se constată existența regulii pasivității sau a neutralității, adoptate după modelul britanic¹⁰⁰.

⁹⁷ A se vedea Ventrizzo, M., *art. precitat supra* 912, p. 191.

⁹⁸ A se vedea Davies, P. L., Hopt, K. J., *art. precitat supra* 956, pp. 52-53.

⁹⁹ Davies, P. L.: *The Takeover Directive as a Protectionist Tool?*, în volumul Bernitz, U., Ringe, W. G.: *Company Law And Economic Protectionism*, Ed. Oxford University Press, Londra, 2010, pp. 104-107.

¹⁰⁰ Cheffins, B., Thompson, S.: *Should Shareholders Have a Greater Say over Executive Pay? Learning from US Experience*, *Journal of Corporate Law Studies* nr. 1/2001, p. 277. A se vedea

Deși multe state au urmat modelul britanic prin adoptarea regulii pasivității sau „*no frustration rule*”, Directiva nu a reușit să introducă o regulă similară, ci statele pot renunța la principiul caracterului neutru al consiliului de administrație și au dreptul să introducă o excepție a reciprocității. Astfel, Germania, Olanda, Belgia, și Polonia au prevăzut posibilități prin care administratorii nu vor răspunde pentru luarea unor măsuri defensive în cazul preluărilor ostile. Având în vedere interesele comune de a-și menține pozițiile, administratorii se vor coaliza adesea cu syndicatele și vor căuta oferte *white knight*. În Marea Britanie, toți ofertanți concurenți trebuie să se bucure de același tratament, ceea ce subliniază răspunderea consiliului de administrație și respectarea *no-frustration rule*¹⁰¹. În statele membre se observă foarte puține cazuri de angajare a răspunderii administratorilor rezultate din încălcarea atribuțiilor lor în cazul fuziunilor și achizițiilor.

268. Controlul concentrărilor economice la nivelul UE se supune dispozițiilor Regulamentului 139/2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi, care conferă Comisiei Europene, cu câteva excepții, competență exclusivă asupra concentrărilor care au o dimensiune europeană. Fără a detalia controlul concentrărilor economice la nivelul UE, care apreciem că se bucură în Europa de o doctrină mai bogată decât orice alt domeniu al dreptului afacerilor, menționăm că Regulamentul nr. 139/2004 și Regulamentul nr. 802/2004 de punere în aplicare a Regulamentului nr. 139/2004 conțin dispoziții comprehensive cu privire la notificările și procedurile de investigare aplicabile. Potrivit art. 3 alin. 1 lit. b. din Regulamentul 139/2004, o concentrare economică poate avea loc prin dobândirea controlului unic al unei societăți, printr-o fuziune sau prin dobândirea controlului în comun. Potrivit alin. 2 al aceluiași articol, controlul reprezintă „posibilitatea exercitării unei influențe decisive”. Regulamentul se va aplica doar dacă operațiunea are o dimensiune europeană, prin aplicarea criteriului cifrei de afaceri¹⁰².

Ventoruzzo, M., *art. precitat supra* 912, p. 200 și Davies, P. L., Hopt, K. J., *art. precitat supra* 956, p. 52.

¹⁰¹ A se vedea Davies, P. L., *op. cit. supra* 956, pp. 109-117.

¹⁰² Acest criteriu este îndeplinit dacă cifra totală de afaceri realizată la nivel mondial (în anul financiar anterior) de toate întreprinderile implicate depășește 5 miliarde EUR și cifra totală de afaceri realizată în UE, individual, de către cel puțin două întreprinderi implicate

2.4. *Drept român*

269. În situațiile de inaplicabilitate a Regulamentelor europene, operațiunile se vor supune legislațiilor naționale ale statelor membre. Potrivit dreptului român, Consiliul Concurenței este autoritatea care analizează concentrările economice guvernate de legislația națională potrivit Legii concurenței nr. 21/1996 și a legislației secundare¹⁰³. Concentrările economice sunt supuse obligației de notificare a Consiliului Concurenței dacă cifra de afaceri cumulată a întreprinderilor implicate în operațiune depășește echivalentul în lei a 10 milioane EUR și cel puțin două dintre întreprinderi au realizat pe teritoriul României, fiecare în parte, o cifră de afaceri mai mare decât echivalentul în lei a 4 milioane EUR¹⁰⁴. Potrivit art. 13 alin. 4 din Legea concurenței, notificarea unei fuziuni și a dobândirii controlului comun se va realiza de ambele părți implicate¹⁰⁵.

În ceea ce privește reglementarea măsurilor defensive, care nu este omogenă în rândul statelor membre, potrivit art. 31 alin. 3-5 din Legea nr.

depășește 250 de milioane EUR, cu excepția cazurilor în care fiecare dintre întreprinderile implicate realizează mai mult de două treimi din cifra sa totală de afaceri la nivelul UE într-un singur stat membru. Regulamentul prevede și alte criterii secundare.

¹⁰³ Udriște, A. M.: *Concentrările economice. O scurtă incursiune în dreptul european și național*, Pandectele Române nr. 12/2015, p. 41.

¹⁰⁴ Art. 12 din Legea nr. 21/1996, art. 1 alin. 3 din Regulamentul 139/2004. În urma modificării Legii concurenței prin OUG nr. 31/2015, Plenul Consiliului Concurenței poate hotărî modificarea acestor praguri.

¹⁰⁵ Potrivit art. 234 Cod Civil, o fuziune are loc prin absorbția unei persoane juridice de către alta sau prin contopirea mai multor persoane juridice pentru a alcătui o persoană juridică distinctă. O divizare poate avea loc potrivit art. 236 Cod Civil fie prin împărțirea întregului patrimoniu al unei persoane juridice între două sau mai multe altele care există deja sau care se înființează prin divizare, fie prin desprinderea unei părți din patrimoniul unei persoane juridice care continuă să existe, și în transmiterea acestei părți către una sau mai multe persoane juridice care există sau care se înființează în acest mod. Potrivit art. 238 LS, o fuziune poate avea loc prin absorbție sau prin contopire. În general, fuziunile și divizările determină probleme de concentrare economică. Menționăm că acționarii trebuie să aibă în vedere drepturile creditorilor și răspunderea pentru vicii ascunse, precum și posibilitatea de anulare a contractelor pentru eroare sau dol. Deși art. 246 LS nu prevede în mod expres cerința formei autentice a hotărârii AGA de aprobare a fuziunii, s-a reținut necesitatea completării acestor prevederi cu dispozițiile dreptului comun. A se vedea C. Ap. București, secț. VI civ., Decizia nr. 544/11.03.2013.

24/2017, „de la momentul recepționării anunțului preliminar și până la închiderea ofertei, consiliul de administrație al societății obiect al preluării” nu mai poate lua aproape nicio măsură împotriva preluării, deși această interdicție nu este prevăzută în mod expres, ci doar implicit.

Prin art. 245 LS se instituie o răspundere civilă directă a administratorilor față de asociați sau acționari pentru neregularitățile comise în pregătirea și executarea unei fuziuni sau divizări, extinsă prin dispozițiile art. 251 ind. 1 LS și membrilor directoratului SA administrate în sistem dualist. Apreciem corectă observația doctrinei cum că, în cazul acestei răspunderi speciale, acțiunea nu poate fi promovată în temeiul art. 155 LS¹⁰⁶. Ca justificare, adăugăm faptul că, legiuitorul instituie un caz special de răspundere directă a administratorilor, iar acțiunea nu poate fi promovată în baza dispozițiilor generale privind acțiunea socială.

Administratorii societăților care urmează să participe la fuziune sau la divizare vor întocmi un proiect de fuziune sau de divizare, care cuprinde elementele prevăzute de art. 241 LS, obligație extinsă la membrii directoratului SA organizate în sistem dualist. Aprobarea fuziunii sau divizării este de competența AGEA, respectiv prin aprobarea proiectului de fuziune sau de divizare înaintat de consiliul de administrație sau de directorat. În pregătirea aprobării, administratorii au obligația depunerii proiectului la ORC.

Administratorii, respectiv membrii directoratului, au obligația de informare a acționarilor/asociaților cu privire la oportunitatea și efectele proiectului printr-un raport scris, al cărui conținut este detaliat de art. 243 ind. 2 alin. 1 LS. În cazul divizării, se prevede obligația suplimentară de a face recomandări cu privire la criteriul de repartizare a acțiunilor și referitor la modificările substanțiale asupra activelor și pasivului, intervenite între data întocmirii proiectului de divizare și data adunării AGA. Pentru respectarea obligației de confidențialitate prevăzută de art. 144 ind. 1 alin. 5 și 6 LS, membrii organelor de administrare ale societății-țintă nu au obligația de a permite ofertantului accesul la informațiile nepublice ale societății. În cazul în care un membru al consiliului de administrație sau al consiliului de

¹⁰⁶ Todica, C.: *Răspunderea juridică civilă a administratorului societății comerciale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Universitară, București, 2012, p. 220.

supraveghere al societății-țintă se află în conflict de interese, prin aplicarea prevederilor art. 144 ind. 3 LS, acesta este obligat să se abțină de la vot.

În dreptul român, societatea-țintă este obligată potrivit art. 31 din Legea nr. 24/2017 să transmită ASF în termen de 5 zile de la primirea anunțului preliminar de ofertă „opinia sa cu privire la ofertă și la motivele pe care se întemeiază aceasta, inclusiv punctul de vedere cu privire la repercusiunile desfășurării ofertei asupra intereselor societății și asupra locurilor de muncă, precum și cu privire la planurile strategice ale ofertantului pentru societate și consecințele lor probabile asupra condițiilor de ocupare a forței de muncă și asupra locației sediilor în care își desfășoară activitatea societatea”. Recomandarea organului de administrare în ceea ce privește aceste elementele ale ofertei de preluare a societății se va comunica argumentat și adunării generale, convocată special în acest sens. Poziția administratorilor și a acționarilor față de oferta de preluare ar trebui de asemenea adusă la cunoștința salariaților¹⁰⁷.

Observăm că legea română urmărește trendul european în ceea ce privește notificările impuse și obligația de transparență, obligația de informare și încurajarea administratorilor de a solicita consultanță externă, însă de a avea propria judecată de afaceri în ceea ce privește recomandarea acceptării ofertei de preluare în baza evaluării proprii.

270. În dreptul comparat, măsurile *poison pills* se manifestă prin emiterea de valori mobiliare sau de opțiuni de răscumpărare pe care acționarii le pot exercita asupra emitentului la un preț superior prețului pieței în cazul unei schimbări a controlului sau a altor mecanisme de diluare a acționariatului. O altă măsură este modificarea actului constitutiv prin includerea unor majorități calificate impuse în AGA pentru adoptarea unor hotărâri care îi privesc pe administratori, precum numirea sau înlocuirea lor. Calificarea *golden parachutes* ca măsură anti-preluare a fost dezbătută în doctrină, deoarece ar putea motiva administratorii să recomande preluarea în scopul încasării despăgubirii¹⁰⁸. Măsurile defensive se mai pot manifesta prin vânzarea sau grevarea de sarcini a unor active importante, dobândirea

¹⁰⁷ Art. 59 alin. 3 din Regulamentul ASF nr. 5/2018 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață.

¹⁰⁸ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 910 (comentariu la art. 31 din Legea nr. 24/2017).

propriilor acțiuni, identificarea unui ofertant concurent (*white knight*), recapitalizarea sau lansarea unei oferte de cumpărare a ofertantului.

În transpunerea dreptului european, legiuitorul român interzice inițierea oricăror măsuri defensive împotriva preluării, inițiate de către conducerea unei societăți-țintă. Observăm lipsa implementării art. 60 alin. 2 din Directiva 2017/1132 privind anumite aspecte ale dreptului societăților comerciale, care permite statelor să deroge de la regula autorizării, de către adunarea generală, a primei măsuri defensive împotriva preluării, respectiv dobândirea propriilor acțiuni¹⁰⁹. Potrivit art. 103 ind. 1 LS, delegarea competenței dobândirii propriilor acțiuni către consiliul de administrație poate avea loc doar cu autorizarea adunării generale. Singura măsură defensivă permisă de legislația noastră este una reactivă, respectiv identificarea unui ofertant concurent, deschis să emită o ofertă alternativă. Principiul neutralității administrației este instituit de art. 31 din Legea nr. 24/2017, ca urmare a implementării Directivei 2004/25/CE¹¹⁰.

Potrivit interpretărilor art. 31 alin. 3-5 din Legea nr. 24/2017, aprobarea măsurilor defensive de către AGA nu poate avea loc *ex ante*, înainte de primirea anunțului preliminar de ofertă sau cu privire la orice oferte de preluare care vor apărea în viitor. Această abordare a legiuitorului român este regăsită și în legea germană și urmărește ca acționarii să decidă în cunoștința termenilor ofertei și a recomandării organelor de administrare¹¹¹. Potrivit art. 31 alin. 4 din Legea nr. 24/2017, consiliul de administrație sau directoratul nu poate decide cu privire la majorările de capital social sau emisiuni de valori mobiliare care conferă un drept de

¹⁰⁹ Art. 60 alin. 1 din Directiva 2017/1132 se referă la achiziționarea propriilor acțiuni, iar lit. a dispune că „autorizația de achiziție se acordă de către adunarea generală, care fixează condițiile achizițiilor avute în vedere”. Potrivit alin. 2, „Legislația unui stat membru poate să prevadă derogări de la alineatul (1) litera (a) prima teză, dacă achiziționarea de către societatea comercială a propriilor acțiuni este necesară pentru a evita ca societatea comercială să sufere prejudicii iminente și semnificative”.

¹¹⁰ Potrivit art. 9 alin. 2 al Directivei, „organul administrativ sau de conducere al societății în cauză obține o autorizație prealabilă de la adunarea generală a acționarilor în acest sens înainte de a întreprinde orice acțiune care poate duce la eșecul ofertei, cu excepția studierii altor oferte, în special înainte de a întreprinde orice emisiuni de acțiuni care ar putea împiedica durabil ofertantul să preia controlul asupra societății în cauză”.

¹¹¹ A se vedea Bodu, S. V., *op. cit. supra* 910 (comentariu la art. 31 din Legea nr. 24/2017).

subscripție ori conversie în acțiuni, grevarea sau transferul unor active reprezentând cel puțin 1/3 din activul net conform ultimei situații financiare anuale a societății. Aceștia pot decide numai cu privire la actele de conservare a patrimoniului pentru a nu modifica substanțial situația societății din data evaluării ofertei.

3. Vecinătatea insolvenței – noi provocări

271. Obligațiile administratorilor în vecinătatea insolvenței au atras atenția practicienilor la nivel mondial după prăbușirea corporațiilor Enron și WorldCom în 2001, respectiv 2002, și a angajării răspunderii auditorilor acestora. Mai târziu, criza globală financiară din 2007 și efectele acesteia au întărit convingerea juriștilor că obligațiile administratorilor societăților în dificultate merită o abordare deosebită¹¹². Iminența stării de insolvență declanșează schimbări radicale în funcționarea societății, a conduitei administratorilor și a așteptărilor de la aceștia, dar și în ceea ce privește natura deciziilor de afaceri în fața cărora aceștia sunt puși.

O parte a doctrinei apreciază că obligațiile și răspunderea administratorilor ar trebui să se deplaseze în acest context cu prioritate spre protecția creditorilor societății, urmând ca obligația de maximizare a averii acționarilor, în calitate de creditori reziduali ai societății, să dobândească un rol subsidiar¹¹³. Deciziile de afaceri au nu doar o natură diferită față de deciziile tipice ale administratorului societății *in bonis*, dar și obiective diferite. Aceste decizii sunt cu atât mai riscante, cu cât răspunderea personală a administratorului va fi sporită în cazul intrării societății în insolvență. Administratorul este supus presiunii de a redresa societatea prin măsuri eficiente și prin asumarea unor riscuri de a se expune personal răspunderii agravate în cazul eșecului acestor măsuri¹¹⁴. Pentru a asigura

¹¹² Byers, M.: *Directors' Duties in the 'Vicinity of Insolvency': Why a Fiduciary Duty to Creditors Should not be Triggered*, Insolvency Institute of Canada Publications, aprilie 2011.

¹¹³ Bainbridge, S. M., Cohen, Z.: *Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View*, Journal for Corporation Law nr. 26/2001.

¹¹⁴ Veasey, E. N., Di Guglielmo, C. T.: *What Happened in Delaware Corporate Law and Governance From 1992–2004? A Retrospective on Some Key Developments*, University of Pennsylvania Law Review nr. 53/2005, p. 1432.

continuitatea sau redresarea societății, administratorii vor trebui să decidă asupra unor plăți prioritare ale unor creditori, să găsească soluții de finanțare a societății în condițiile probabilităților scăzute de a mai fi creditată de instituții financiare, să recupereze datoriile de la terți, să asigure executarea contractelor și în același timp să controleze prețul de piață al acțiunilor pentru a nu descuraja investitorii actuali sau potențiali¹¹⁵.

Iminența insolvenței și presiunile aferente pot determina acte oportuniste și riscante ale administrației, luate în situații de criză. Deși discrepanța dintre interesele protejate există și în cazul societăților solvabile, aceasta devine mai pronunțată în situațiile în care societatea este în vecinătatea insolvenței¹¹⁶. Interesele acționarilor se schimbă, ei preferă uneori strategii riscante, în vreme ce creditorii preferă conservarea patrimoniului societății¹¹⁷. În cazul în care metodele pentru care a optat administratorul pentru a evita intrarea societății în insolvență nu se dovedesc a fi eficiente, prejudicierea creditorilor prin agravarea stării patrimoniale a societății și imposibilitatea de redresare a societății va determina angajarea răspunderii administratorului. Prin prisma modificării obiectivelor deciziilor de afaceri ale administratorului unei societăți aflate în vecinătatea insolvenței, se modifică și standardele de evaluare a obligațiilor fiduciare.

3.1. *Obligații tipice ale administratorilor societății în vecinătatea insolvenței*

272. În vederea anticipării și minimizării riscului de a răspunde personal, în perioada precedentă intrării societății în insolvență, administratorii ar trebui să ia câteva măsuri de precauție, formulate în baza unor recomandări ale doctrinei de drept comparat și culese de doctrina română¹¹⁸. Acestea reprezintă expresii ale obligației de diligență și prudență sporite în această perioadă dificilă pentru societate. Administratorii vor trebui

¹¹⁵ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., art. precitat supra 875, pp. 43-44.

¹¹⁶ Lin, L.: *Shift of Fiduciary Duty Upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors*, Vanderbilt Law Review nr. 46/1993, p. 1486.

¹¹⁷ Bainbridge, S. M.: *Much Ado About Little? Directors' Fiduciary Duties in the vicinity of Insolvency*, University of California, Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper Series nr. 26/2005, p. 26.

¹¹⁸ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., art. precitat supra 875, pp. 46-47.

să evalueze starea financiară și planul de afaceri, precum și mecanismele de implementare a strategiei de afaceri. Minimizarea răspunderii se poate realiza anticipat prin îndeplinirea obligațiilor legale, cum ar fi menținerea autorizațiilor și achitarea taxelor aferente, plata impozitelor și a altor datorii legale și, după caz, utilizarea polițelor de asigurare ale societății. Un număr mare de autori apreciază că administratorii sunt obligați să ia în considerare interesele creditorilor și ale altor deținători de interese. Potrivit doctrinei britanice, interesele creditorilor vor prevala atunci când „solvabilitatea societății este pusă sub semnul întrebării”¹¹⁹.

Obligația generală a administratorilor de a nu acționa în avansarea propriilor interese în exercitarea funcției este mai pronunțată în vecinătatea insolvenței, ei fiind obligați să acționeze în interesul societății și numai al societății. În plus, ei trebuie să ia măsurile necesare pentru a evita prejudicierea suplimentară a creditorilor prin îndatorarea sporită a societății. În anumite jurisdicții, administratorii vor răspunde pentru faptele care au determinat apariția stării de insolvență și uneori pentru înrăutățirea situației societății. Astfel, se recomandă ca aceștia să depună eforturi pentru a minimiza prejudicierea creditorilor prin micșorarea gajului lor general. De exemplu, administratorul nu trebuie să solicite sau să contracteze credite suplimentare, când cunoaște faptul că societatea nu va fi în măsură să le ramburseze la scadență, această faptă putând fi calificată ca o faptă comisă în scopul fraudării creditorilor.

O altă obligație pe care o întâlnim și în dreptul român este aceea de a nu face plăți prioritare și nejustificate unor creditori în perioada de pre-insolvență, ori de a încheia operațiuni la prețuri disproporționate în fraudă terților, care pot fi sancționate cu nulitatea¹²⁰.

Doctrina britanică recomandă ca administratorii societăților din vecinătatea insolvenței să documenteze cu atenție deciziile luate, cu justificarea judecății de afaceri și a consilierii obținute¹²¹. În plus, vor trebui să acorde o atenție deosebită situației financiare a societății pentru ca, în caz

¹¹⁹ Webster, M.: *Director's Handbook: Your Duties, Responsibilities, and Liabilities*, Institute of Directors, Ed. Kogan Page, Londra, 2010, p. 199.

¹²⁰ Art. 169 alin. 1 lit. g din Legea nr. 85/2017.

¹²¹ A se vedea Webster, M., *op. cit. supra* 979, pp.111-113.

de intrare în insolvență, societatea să aibă șanse de redresare și să nu fie sortită falimentului. De aceea, este indicată dovedirea colaborării cu auditorii și cu consultanții fiscali.

273. Membrii organelor colegiale trebuie să își îndeplinească obligația de informare atât față de organul de administrare din care fac parte, cât și față de acționari, atât în ceea ce privește operațiunile curente și datoriile scadente, cât și referitor la solvabilitatea societății, făcând propuneri informate cu privire la necesitatea deschiderii procedurii insolvenței. Obligația de informare se extinde și față de alte persoane care dețin interese în funcționarea societății, precum salariații și creditorii importanți. În ceea ce privește obligația de informare a membrilor consiliului de administrație, verificarea proceselor-verbale și a poziției administratorului sunt deosebit de importante. În cazul în care administratorul nu este de acord cu consemnările făcute cu privire la declarațiile sale, se recomandă să solicite corectarea proceselor-verbale, în special în ceea ce privește opoziția sa la o anumită procedură. În dreptul român, potrivit dispozițiilor art. 169 alin. 5 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (LPPII), răspunderea membrilor organelor de administrare nu va putea fi angajată dacă aceștia „s-au opus la actele ori la faptele care au contribuit la starea de insolvență sau au lipsit de la luarea deciziilor care au contribuit la starea de insolvență și au făcut să se consemneze, ulterior luării deciziei, opoziția lor la aceste decizii”.

274. În funcție de prevederile legale aplicabile în fiecare stat în ceea ce privește deschiderea procedurii insolvenței la cererea debitorului, administratorul trebuie să se informeze despre solvabilitatea societății și despre obligațiile sale legale, solicitând dacă e cazul consultanță de specialitate. El trebuie să găsească un echilibru între deschiderea prematură a procedurii, care va împiedica redresarea societății pe cont propriu, și exacerbarea optimismului, respectiv prin refuzul de a accepta eșecul și de a solicita deschiderea procedurii insolvenței. În mod similar, legiuitorul român a dispus în art. 66 alin. 9 LPPII, că „introducerea prematură, cu rea-credință, de către debitor a unei cereri de deschidere a procedurii atrage răspunderea patrimonială a debitorului persoană fizică sau juridică, pentru prejudiciile pricinuite”.

Consiliul de administrație poate restructura strategia de afaceri a unei întreprinderi în dificultate, în cazul în care situația financiară și evoluția societății o impune. Administratorul poate identifica strategii de business diferite, exploatarea maximă a activelor, restructurarea investițiilor, reducerea cheltuielilor, identificarea unor surse de finanțare alternative sau încheierea unor înțelegeri individuale cu creditorii. Scopul acestor măsuri nu este doar încercarea de redresare a societății, ci ele pot dovedi, în cazul formulării unei acțiuni în angajarea răspunderii administratorului, îndeplinirea obligației de diligență și prudență. Dacă aceste strategii eșuează, apreciem că administratorul poate propune chiar și o fuziune cu altă societate.

O altă obligație este prevăzută în art. 66 din LPPII, respectiv îndatorirea de a solicita deschiderea procedurii insolvenței atunci când societatea se află în incapacitate de plată, în cel mult 30 de zile de la apariția stării de insolvență. În cazul SA administrate în sistem unitar, obligația revine administratorilor cu prerogative executive, iar în cazul SA administrate în sistem dualist, această obligație revine membrilor directoratului.

3.2. Standardul de evaluare a obligațiilor fiduciare în vecinătatea insolvenței

275. Odată ce incapacitatea de plată și intrarea în insolvență a societății devin iminente, standardul de diligență și prudență al administratorilor devine unul mai ridicat. După cum am detaliat în capitolele II-IV, angajarea răspunderii administratorilor nu se bucură de un mare succes în jurisdicțiile de drept continental. În plus, chiar și în cazul constatării încălcării obligațiilor, diferite cauze de înlăturare sau de limitare a răspunderii vor opera în sensul reducerii sau eliminării sancțiunii propriuzise. Iminența insolvenței sau intrarea în insolvență a societății reprezintă în dreptul român una dintre situațiile în care răspunderea de asigurare profesională a administratorilor nu este aplicabilă¹²², iar asigurătorii prevăd în general în mod expres lipsa acoperirii pasivului societății și limitarea asigurării la administratorii societății *in bonis*. Doctrina americană apreciază că pentru a se proteja de golirea gajului general, creditorii pot negocia în prealabil limitări contractuale ale conduitei administratorului, precum

¹²² A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., *art. precitat supra* 875, p. 43.

restricții privitoare la anumite tipuri de operațiuni sau pot obliga acționarii să internalizeze acele riscuri¹²³. În vreme ce acționarii au riscat ca investiția lor să fie administrată de alte persoane, chiar și când societatea este în vecinătatea insolvenței, creditorii pot să se protejeze *ex ante*¹²⁴.

276. Constatăm că statele membre UE au optat pentru una dintre următoarele două strategii principale de protecție a creditorilor. Prima, prezentă în majoritatea statelor, impune administratorilor obligația de a solicita la timp deschiderea procedurii insolvenței, asociată unei răspunderi patrimoniale pentru întârzierea sau omisiunea îndeplinirii acestei obligații în dauna creditorilor¹²⁵. În majoritatea statelor, acțiunea în angajarea răspunderii speciale va fi înaintată de lichidatorul judiciar și are ca efect satisfacerea parțială a creanțelor creditorilor¹²⁶. A doua strategie pentru care au optat statele membre este interzicerea de a se mai încheia operațiuni financiare la momentul la care interesele creditorilor sunt puse în pericol. Această strategie, identificată în Marea Britanie sub umbrela noțiunii de „*wrongful trading*”, impune administratorilor societăților în vecinătatea insolvenței de a opri efectuarea plăților și de a evita risipirea gajului general al creditorilor. Deși în practică s-a observat că răspunderea pentru aceste fapte are loc în marea majoritate a cazurilor abia după intrarea societății în insolvență, studiile arată că interzicerea „*wrongful trading*” este mai eficientă decât răspunderea pentru încălcarea obligației de a solicita deschiderea procedurii insolvenței și sumele recuperate sunt vădit mai mari. O a treia cale întâlnită în statele membre este obligarea administratorilor de a depune eforturi pentru recapitalizarea societății sau de a solita lichidarea societății, așa-numita „*re-capitalise or liquidate rule*”.

Societățile listate se supun prevederilor *Directivei 2017/1132 privind anumite aspecte ale dreptului societăților comerciale*, care prevede în art. 58, în cazul unei pierderi semnificative a capitalului subscris, obligația convocării

¹²³ LoPucki, L. M., Whitford, W. C.: *Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*, University of Pennsylvania Law Review nr. 141/1993, p. 684.

¹²⁴ A se vedea Bainbridge, S. M., *art. precitat supra* 977, p. 37.

¹²⁵ Austria, Belgia, Bulgaria, Germania, Grecia, Estonia, Spania, Franța, Finlanda, Croația, Ungaria, Italia, Lituania, Letonia, Luxemburg, Malta, Polonia, Portugalia, Suedia, Slovacia, România.

¹²⁶ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 16.

adunării generale a acționarilor în termenul prevăzut de legislația națională „pentru a analiza dacă societatea *comercială* ar trebui dizolvată sau dacă ar trebui adoptate alte măsuri”. Potrivit art. 58 alin. 2 din Directivă, cuantumul unei pierderi considerate semnificative „nu poate fi stabilit prin legislațiile statelor membre la o valoare mai mare de jumătate din capitalul subscris”. Majoritatea statelor au implementat obligația convocării AGA, stabilită prin Directiva predecesoare, însă nu au dezvoltat și alte obligații suplimentare sau măsuri obligatorii în sarcina administratorilor sau a societăților¹²⁷. Anumite state au reglementat în plus obligația societății de a opta între recapitalizare și lichidare¹²⁸.

În Marea Britanie, actele și faptele ilicite ale administratorului săvârșite în perioada precedentă intrării în insolvență intră în categoria vastă de *wrongful trading* prevăzut de *British Insolvency Act 1986*. În urma deschiderii procedurii de insolvență, administratorul poate fi tras la răspundere dacă cunoștea sau trebuia să prevadă faptul că societatea nu mai are nicio șansă de redresare și nu a depus diligențele necesare pentru a reduce prejudiciile cauzate creditorilor. Acțiunea în răspundere poate fi promovată de lichidatorul judiciar, însă nu și de creditorii¹²⁹, prejudiciul fiind recuperat în contul societății și va constitui gajul general al creditorilor. Noua formulare a acțiunii în răspunderea administratorilor societăților în insolvență nu a fost declarată un succes în dreptul britanic, deși a avut același obiectiv ca și în alte state europene, respectiv sporirea riscului de răspundere personală a administratorilor pentru intrarea societății în insolvență. Eșecul se datorează lipsei clarității textului legal și dificultății stabilirii contribuției administratorului la declanșarea stării de insolvență. În Marea Britanie, cazurile de *wrongful trading* sunt în general acoperite de polițele de asigurare¹³⁰.

¹²⁷ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, pp. 208, 216-219.

¹²⁸ Cehia, Estonia, Franța, Italia, Letonia, Lituania, Portugalia, Spania, Suedia.

¹²⁹ Potrivit secțiunilor 212 și 213 *UK Insolvency Act*, creditorii pot promova acțiunea în răspunderea administratorilor doar pentru repararea prejudiciilor cauzate printr-un abuz de putere sau operațiuni frauduloase.

¹³⁰ Parsons, C.: *Directors' and Officers' Liability Insurance: A Target or a Shield?*, *Journal for Company Law* nr. 21/2000, p. 79.

277. O altă instituție prevăzută de dreptul britanic este *deepening insolvency*, împrumutată ulterior de dreptul american și regăsită în alte jurisdicții de drept continental. Această teorie se exprimă prin diferite acte frauduloase ale administratorului prin care este afectat patrimoniul societății și se prelungește existența societății. Aceste acte pot consta în creșterea creanțelor, a datoriilor, risipirea bunurilor prin acte frauduloase sau pur și simplu neglijente. Doctrina americană atrage atenția asupra calității reglementării britanice¹³¹, iar Curtea Supremă SUA a definit această instituție ca o „prelungire frauduloasă a vieții unei societăți, dincolo de insolabilitatea acesteia”. Jurisprudența ulterioară a renunțat la condiția fraudei, incluzând conduita neglijentă a administratorului care lărgeste datoriile societății și expunerea față de creditorii¹³². Doctrina americană majoritară¹³³ este critică referitor la crearea jurisprudențială a unei cauze de angajare a răspunderii administratorilor care nu derivă din obligațiile lor contractuale. Potrivit jurisprudenței americane, prelungirea frauduloasă a vieții societății echivalează cu expunerea acesteia la acțiunile creditorilor, astfel încât deschiderea procedurii insolvenței este în interesul acționarilor și al creditorilor. Obligația de notificare a stării insolvenței nu este însă una absolută în dreptul american, deoarece *US Bankruptcy Code* indică regula generală că o afacere are mai multă valoare dacă este operativă, spre deosebire de viziunea din Marea Britanie. Justificarea este aceea că, în aplicarea regulii judecății de afaceri, titularul obligațiilor fiduciare poate să aprecieze că operarea în continuare a afacerilor societății este în interesul superior al acesteia. Răspunderea administratorilor se va angaja așadar doar pentru prelungirea injustă a vieții societății¹³⁴ și în limita prejudiciului suferit de societate. Observăm că atât răspunderea administratorului pentru *deepening*

¹³¹ Chan, H. L.: *On Deepening Insolvency and Wrongful Trading*, Journal of International Banking Law and Regulation nr. 20/2005.

¹³² Cauza *Corporate Aviation Concepts v. Multi-Service Aviation Corp.*, 2004 WL 1900001, United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 2004 și cauza *In re Del-Met Corp.*, 322 B.R. 781, United States Bankruptcy Court, M.D. Tennessee, 2005.

¹³³ Thompson, D. C.: *A Critique of “Deepening Insolvency” New Bankruptcy Tort Theory*, Stanford Journal of Law, Business and Finance vol. 12, nr. 2/2007.

¹³⁴ A se vedea Chan, H. L., art. precitat supra 991, cauza *Mellon Bank v. Dick Corp.*, 351 F.3d 290, United States Court of Appeals, 2003 și cauza *Credit Lyonnais Bank Nederland v. Pathe Communications Corp.*, WL 277613, Delaware Chancery Court, 1991.

insolvency, cât și pentru *wrongful trading* în *common law* se fundamentează pe prelungirea nejustificată a vieții societății, cu încălcarea intereselor societății și a drepturilor creditorilor, însă nici una nu impune administratorului obligația absolută de a solicita deschiderea procedurii insolvenței.

278. În urma declanșării procedurii insolvenței unei SA listate, în dreptul american, administratorii neexecutivi sunt destul de expuși angajării răspunderii lor. Aceste cazuri sunt de altfel singurele în care administratorii se supun în mod real riscului angajării răspunderii personale, însă sunt rare în practică. În practică, cea mai dificilă situație se dovedește a fi determinată de lipsa asigurării profesionale a acestor administratori sau de plafonul prea mic al poliței de asigurare, când prejudiciul se va recupera din patrimoniul personal al administratorului, dacă acesta este suficient pentru acoperirea prejudiciului suferit de societate. Aceste scenarii, denumite în practică „*perfect storm*” (furtuna perfectă) sunt destul de rare, iar acționarii preferă adesea să încheie tranzacții pentru limitarea propriilor costuri și a timpului¹³⁵.

În SUA, numărul litigiilor de angajare a răspunderii administratorilor este destul de mare, spre deosebire de sistemul de drept civil, unde cheltuielile de judecată și costurile de asistență juridică, avansate de acționarii minoritari în cazul acțiunilor derivative, sunt descurajante pentru reclamanți. Ceea ce s-a observat însă cu privire la dreptul continental, este că administratorii neexecutivi sunt supuși unui risc mai redus al angajării răspunderii lor personale, iar acest risc este în principiu iminent doar în cazul întreprinderilor în dificultate sau în vecinătatea insolvenței. Principalul motiv pentru care riscul angajării răspunderii personale a administratorilor este mai ridicat în dreptul continental, este lipsa culturii unor polițe de asigurare de răspundere profesională valabile în procedura insolvenței¹³⁶.

O altă diferență dintre sistemul american și dreptul continental este reflectată în clauzele statutare de înlăturare sau limitare a răspunderii, care, în SUA, am arătat că sunt permise în principiu dacă nu exonerează administratorii pentru încălcarea intenționată a obligațiilor fiduciare sau

¹³⁵ Între anii 1980-2005, instanțele din Delaware au judecat doar cinci cazuri de „*perfect storms*”. A se vedea Black, B. S., Cheffins, B. R., art. precitat *supra* 901.

¹³⁶ Van Aalten, S.: *D&O Insurance in the Age of Enron: Protecting Officers and Directors in Corporate Bankruptcies*, 22th Canadian Annual Review of Banking and Financial Law, 2003, p. 457.

pentru promovarea propriului interes¹³⁷. În dreptul continental, răspunderea administratorilor nu este armonizată și, după cum vom arăta în ultimul capitol, clauzele statutare de înlăturare sau limitare a răspunderii diferă în funcție de reglementările naționale ale obligațiilor fiduciare. În prezent, riscul angajării răspunderii personale a administratorilor în Marea Britanie este mai mult teoretic, în principal datorită disponibilității reduse a societății de a acționa în instanță administratorii. După deschiderea procedurii insolvenței, administratorul judiciar sau lichidatorul poate solicita instanței obligarea administratorului de a contribui la întregirea patrimoniului societății, dacă acesta s-a micșorat din cauza conduitei defectuoase sau a încălcării obligațiilor legale sau fiduciare¹³⁸, însă aceste cazuri sunt extrem de rare în practică.

279. În Germania, administratorii societăților aflate în dificultate sunt mai expuși răspunderii decât cei ai societăților *in bonis*. Dacă o societate ajunge în incapacitate de plată, membrii consiliului de administrație trebuie să solicite deschiderea procedurii insolvenței de îndată, dar nu mai târziu de trei săptămâni, iar în cazul sistemului dualist, consiliul de supraveghere este responsabil pentru supravegherea îndeplinirii acestei atribuții de către directorat¹³⁹. După constatarea supraîndatorării sau a incapacității de plată, administratorul nu mai are dreptul să facă plăți, „cu excepția acelor care sunt de natura funcției unui administrator diligent”¹⁴⁰. Aceași regulă se aplică și în ceea ce privește plata dividendelor. Acțiunile promovate de administratorul judiciar în răspunderea membrilor consiliului de supraveghere sunt aproape inexistente, iar acțiunile în răspunderea administratorilor culpabili pentru cauzarea sau adâncirea stării de insolvabilitate sunt de asemenea foarte rare, în principal din cauza improbabilității recuperării prejudiciului¹⁴¹. Cu scopul protejării intereselor acționarilor, sistemul german a îmbrățișat modelul de administrare a societăților în sistem dualist, combinat cu

¹³⁷ A se vedea Black, B. S., Cheffins, B. R., *art. precitat supra* 901.

¹³⁸ Par. 212 din *Insolvency Act 1986*. A se vedea și Black, B. S., Cheffins, B. R., *art. precitat supra* 901.

¹³⁹ Art. 15 a din Legea germană a insolvenței (*Insolvenzordnung*).

¹⁴⁰ Art. 92 alin. 2 din Legea germană a societăților pe acțiuni (*Aktiengesetz*).

¹⁴¹ Remmert, A.: *Introduction to German Insolvency Law*, International Company and Commercial Law Review nr. 13/2002, pp. 427-431.

regula codeterminării. Administratorii derulează afacerile societății în interesul acționarilor, al angajaților și al altor deținători de interese. Legea germană conferă o protecție suplimentară creditorilor societăților în vecinătatea insolvenței prin reglementarea răspunderii personale a administratorului pentru omisiunea îndeplinirii obligațiilor speciale datorate în vecinătatea insolvenței¹⁴².

În dreptul continental, creditorii au la îndemână promovarea unei acțiuni în răspunderea administratorului doar dacă nu își recuperează prejudiciul de la societate. Această acțiune directă reprezintă o excepție în SUA, unde ei își pot recupera prejudiciul în general doar prin promovarea acțiunii derivative¹⁴³. În vreme ce dreptul american conferă creditorilor o protecție prin extinderea obligațiilor fiduciare ale administratorului societății în vecinătatea insolvenței și a standardelor de evaluare, observăm că legea germană impune obligații specifice în urma îndeplinirii unor praguri contabile care confirmă faptul că societatea se află în dificultate¹⁴⁴.

280. Regimul francez al insolvenței a avut parte de o reformă în anul 2006, însă răspunderea administratorilor nu a suferit mari modificări. În principiu, administratorii pot răspunde personal pentru greșeli de gestiune (*faute de gestion*) dacă se stabilește raportul de cauzalitate între actele lor și incapacitatea de plată a societății¹⁴⁵. În practică însă, administratorii judiciari nu sunt foarte interesați să cerceteze faptele ilicite săvârșite de membrii organelor de administrare ale societăților în insolvență¹⁴⁶, iar costurile, întârzierea și recuperarea sumelor mici sunt de asemenea descurajatoare¹⁴⁷.

¹⁴² Wood, J.: *Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan*, Pennsylvania State International Law Review vol. 26, nr.1/2007, p. 155.

¹⁴³ Butler, S. J.: *Models of Modern Corporations: A Comparative Analysis of German and U.S. Corporate Structures*, Arizona Journal for International and Company Law nr. 17/2000, pp. 554-563.

¹⁴⁴ A se vedea Wood, J., art. precitat supra 1002, p 168.

¹⁴⁵ Sorenson, A.: *Casting the Net Wide: The Liability of Company Officers in French Insolvency Procedures*, International Company and Commercial Law Review nr. 17/1996 și Le Gall J. P., Morel, P.: *French Company Law*, ediția a 2-a, Ed. Longman, Londra, 1992, p. 293.

¹⁴⁶ A se vedea Black, B. S., Cheffins, B. R., art. precitat supra 901.

¹⁴⁷ Luca, F. X, West, A.: *France*, în volumul Omar, P.: *Directors' Duties and Liabilities*, Ed. Taylor & Francis, Londra, 2018, pp. 34-37.

281. Potrivit reglementării anterioare din dreptul român, preluată în art. 97 alin. 1 LPPII, raportul întocmit de administratorul judiciar identifica și persoanele cărora le este imputabilă apariția stării de insolvență a debitorului. Ulterior, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul-sindic putea dispune ca o parte a pasivului debitorului să fie suportată de membrii organelor de conducere ale societății. În ceea ce privește faptele administratorului care au cauzat intrarea în insolvență a societății, răspunderea administratorului are un caracter agravat prin raportare la *culpa levis in abstracto*, iar răspunderea patrimonială poate ajunge până la acoperirea integrală a datoriilor societății¹⁴⁸. Doctrina a criticat varianta anterioară a legii insolvenței, Legea nr. 85/2006, deoarece nu se referea la faptele comise din imprudență sau cu neglijență și, prin enumerarea limitativă a faptelor care pot atrage răspunderea administratorului pentru cauzarea insolvenței din art. 138 din lege, nu se evidențiază regimul agravat al răspunderii pentru *culpa levis in abstracto*¹⁴⁹.

Obiectivul acțiunii în răspunderea administratorului societății insolvente este acoperirea pasivului prin reîntregirea patrimoniului societății debitoare. Legea are în vedere doar faptele anterioare declarării stării de insolvență. Doctrina română a observat că instituția răspunderii administratorului societății în insolvență este una eficientă în ceea ce privește răspunderea față de creditorii, însă răspunderea față de societate nu se bucură de același succes. Explicația este aceea că, răspunderea administratorului față de societate este limitată de lege la acoperirea pasivului societății, în vreme ce răspunderea societății față de terți este integrală, iar acționarii/asociații nu mai au la îndemână acțiunile de drept comun în baza principiului non-cumulului răspunderii civile ordinare cu răspunderea specială potrivit legii insolvenței¹⁵⁰. Legea conferă creditorului

¹⁴⁸ Al Hajjar, S.: *Răspunderea civilă a administratorilor în caz de insolvență, între realitate și deziderat*, RRDA nr. 8/2010, p. 71.

¹⁴⁹ *Idem*, pp. 70-71 și referințele aferente. Printr-o comparație cu jurisprudența franceză, autoarea evidențiază că până și absența repetată de la ședințele consiliului de administrație poate constitui un temei al angajării răspunderii personale a administratorului.

¹⁵⁰ În anumite situații, doctrina admite cummul acțiunilor în răspunderea civilă a administratorului unei societăți în insolvență, însă dezvoltarea acestora nu face obiectul prezentei monografii referitoare la obligațiile fiduciare.

unic care deține mai mult de 30% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală posibilitatea să formuleze o acțiune în răspunderea administratorului, dacă administratorul judiciar refuză să promoveze o astfel de acțiune. Creditorul minoritar nu se bucură însă de o protecție similară, astfel încât interzicerea cumulului acțiunii ordinare cu acțiunea specială a făcut adesea obiectul criticilor doctrinare¹⁵¹.

În plus, reîntregirea patrimoniului societății în procedura insolvenței nu beneficiază în mod semnificativ asociaților/acționarilor, daunele suferite de aceștia nefiind reparate prin recuperarea investiției lor¹⁵². Având în vedere că în practica actuală, prejudiciul social este raportat în general la prejudiciul colectiv al creditorilor, apreciem că legea nu conferă o protecției suficiente societății și acționarilor/ asociaților acesteia.

De lege lata, răspunderea personală a administratorului societății în insolvență se poate întinde doar până la valoarea pasivului societății exprimat de creditorii înscrși la masa credală, astfel încât se pot întâlni situații în care administratorii care au cauzat starea de insolvență prin comiterea unei fapte prevăzute de art. 138 din Legea 85/2014 să fi produs societății un prejudiciu mai mare care nu poate fi acoperit cu activul existent. Astfel, situația administratorilor care au contribuit la insolvența societății este mai favorabilă decât cea a administratorilor unei societăți *in bonis*, care nu trec de proba corectitudinii și a echității sau nu îndeplinesc condițiile regulii judecătii de afaceri. Ne alăturăm opiniilor doctrinare care apreciază că redefinirea noțiunii de prejudiciu social în cazul societăților în insolvență ar fi dezirabil, la fel ca și acceptarea cumulului acțiunii speciale cu acțiunile de drept comun¹⁵³.

În ceea ce privește dezavantajele suferite de creditori, potrivit art. 80 din Legea nr. 85/2014, „nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 103”.

¹⁵¹ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1008, p. 72, 76.

¹⁵² Piperea, Gh.: *Insolvența, legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 727.

¹⁵³ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1008, pp. 72-74.

Răspunderea personală a administratorului special, care încalcă obligația de a desfășura în perioada de observație, numai actele care se încadrează în limitele operațiunilor curente sau care nu se supune supravegherii administratorului, este reglementată de art. 84 din LPPII.

282. Nu ne vom concentra atenția asupra modificărilor substanțiale aduse de Legea nr. 85/2014 (Codul insolvenței), ci vom detalia aspectele relevante privind actele administratorului înainte de declanșarea procedurii, cu importanță asupra răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare ale administratorului în perioada din vecinătatea insolvenței. Menționăm că, după deschiderea procedurii insolvenței, toate actele și operațiunile sunt supuse autorizării judecătorului-sindic sub sancțiunea nulității, indiferent dacă acestea sunt acte de dispoziție sau acte de conservare sau administrare a patrimoniului¹⁵⁴. Vom detalia astfel în cele ce urmează câteva măsuri suplimentare de protecție a creditorilor stabilite prin noua lege a insolvenței.

În primul rând, LPPII preia unul dintre principiile de referință ale Băncii Mondiale prin reglementările referitoare la prevenirea dezmembrării premature a averii debitorului în prejudiciul creditorilor¹⁵⁵. Pentru a spori șansele maximizării averii debitorului, potrivit art. 70 alin. 5 LPPII, societatea debitoare și creditorii acesteia au posibilitatea de a formula o cerere de Ordonanță Președințială pentru evitarea înstrăinării „unor bunuri sau drepturi patrimoniale importante din averea debitorului” și de a solicita măsuri de conservare a acestor bunuri. În al doilea rând, art. 88 LPPII consacră principiul inopozabilității față de masa credală a drepturilor, actelor sau a faptelor anterioare deschiderii procedurii¹⁵⁶, care nu deveniseră opozabile terților la momentul deschiderii procedurii insolvenței.

283. Sediul materiei răspunderii administratorului societății în insolvență este art. 169 LPPII, care urmează natura juridică a răspunderii pentru cauzarea stării de insolvență a art. 138 din Legea nr. 85/2006. La cererea administratorului/ lichidatorului judiciar, judecătorul sindic poate

¹⁵⁴ Hotca, M. A., Nemeș, V., Cărpenaru, S. D.: *Codul insolvenței comentat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014 (Comentariu la articolul 84 LPPII).

¹⁵⁵ Deli-Diaconescu, A., Miloș, S. M.: *Principalele elemente de noutate aduse prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, RRDA nr. 7/2014.

¹⁵⁶ Acest principiu a fost prevăzut în trecut de art. 50 din Legea nr. 85/2006, însă a fost abrogat prin Legea nr. 277/2009.

dispune ca o parte sau întregul pasiv al societății debitoare să fie suportat de membrii organelor de conducere ale societății, „precum și de orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului”, prin săvârșirea uneia dintre faptele enumerate nelimitativ de textul legal. Natura juridică a acestei răspunderi nu diferă față de reglementarea anterioară, având același temei contractual pentru încălcarea obligațiilor față de societate, prevăzute de actul constitutiv sau de contractul de administrare, și un temei delictual în cazul răspunderii față de terți¹⁵⁷. Dispozițiile art. 169 alin. 1 lit. d LPPII conferă administratorului judiciar/ lichidatorului posibilitatea de a formula o acțiune în răspunderea patrimonială a organelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului, prin ținerea unei contabilități fictive, a ținerii necorespunzătoare a contabilității sau a dispariției unor documente contabile.

Prin Legea 85/2014 se instituie un regim agravat al răspunderii administratorilor care au contribuit la intrarea în insolvență a societății. În primul rând, legiuitorul renunță la enumerarea limitativă a faptelor culpabile care pot antrena răspunderea administratorului din fostul art. 138 al Legii nr. 85/2006 prin instituirea răspunderii lui personale pentru „orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului”. În al doilea rând, legiuitorul stabilește cu claritate întinderea prejudiciului la care poate fi obligat administratorul care a contribuit la ajungerea societății în insolvență, prin formularea unui maxim absolut și a unui maxim relativ între care se poate angaja răspunderea personală¹⁵⁸, respectiv acoperirea a „o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă”.

În practică s-a reținut că verificarea raportului de cauzalitate între faptele administratorului și ajungerea în starea de insolvență a societății

¹⁵⁷ C. Ap. București, secț. V. com., Decizia nr. 649/29.03.2007, în *Pandectele Române* nr. 7/2007, pp. 189-193, citată de Puie, O.: *Aspecte de ordin procedural în materia procedurii insolvenței reglementată de noul cadru normativ instituit prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și insolvență și natura juridică a răspunderii pentru intrarea în insolvență*, *Pandectele Române* nr. 8/2014.

¹⁵⁸ Bercea, L.: *Noi standarde de comportament de afaceri? Business judgment rule și răspunderea administratorilor pentru insolvența societăților comerciale*, *Curierul Judiciar* nr. 7/2014, p. 413.

merită o atenție deosebită¹⁵⁹. Astfel, omisiunea depunerii declarațiilor contabile la administrația financiară sau la ORC nu poate fi asimilată în mod automat cu faptele prevăzute de lege care au determinat intrarea societății în insolvență, iar „simplul fapt că administratorul nu a ținut contabilitatea potrivit legii nu este de natură să ducă la angajarea răspunderii lui, în lipsa dovedirii raportului de cauzalitate între această faptă și ajungerea societății în stare de insolvență”¹⁶⁰.

Așadar, în cazul în care lichidatorul judiciar stabilește că starea de insolvență a fost cauzată în principal de climatul economic, care a împiedicat dezvoltarea și funcționarea societății, nu poate fi atrasă răspunderea personală a administratorului, „întrucât acesta nu a contribuit la starea de insolvență și ca atare nu poate fi răspunzător pentru paguba creată”¹⁶¹. Importanța complexului cauzal care a determinat starea de insolvență a fost subliniată și în jurisprudență, instanța reținând că „răspunderea materială a administratorului poate fi atrasă dacă a ținut o contabilitate fictivă, a făcut să dispară documente contabile sau nu a ținut contabilitatea în conformitate cu legea, însă fapta [...] nu este aptă prin ea însăși să provoace starea de insolvență, neputându-se stabili o relație de necesitate între aceasta și insolvență, context în care sarcina probei revine celui care o invocă, prezumțiile legale fiind expres și limitativ prevăzute de lege”¹⁶².

284. Deși legea prevede că judecătorul sindic poate obliga administratorul să suporte o parte din pasivul societății, „fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu actele sau operațiunile astfel desfășurate”, opinie îmbrățișată de doctrina majoritară, există opinii contrare care apreciază că nu este exclus ca administratorul special să răspundă pentru întregul prejudiciu produs averii societății debitoare și

¹⁵⁹ C. Ap. București, secț. V com., Decizia nr. 632/28.03.2007.

¹⁶⁰ *Curtea de Apel Pitești. Insolvență. Mandatul comercial al administratorilor. Întinderea răspunderii pentru insuficiența activului*, în *Pandectele Române* nr. 10/2007.

¹⁶¹ C. Ap. București, secț. V com., Decizia nr. 2445/26.09.2006.

¹⁶² C. Ap. Suceava, secț. com., cont. adm. și fisc, Decizia nr. 406/19.03.2008, comentată de Dobrev, D.: *Examen al practicii judiciare în materia atragerii răspunderii organelor de conducere ale debitoarei aflate în încetare de plăți. Atragerea răspunderii administratorului în condițiile art. 138 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006*, RRDA nr. 7/2012.

creditorilor acesteia¹⁶³. În practică, s-a reținut că neplata unor amenzi contravenționale stabilite pentru neîndeplinirea unor obligații legale nu este în măsură să atragă răspunderea administratorului special¹⁶⁴. Dreptul de a promova acțiunea în răspundere aparține administratorului judiciar, adunării creditorilor și creditorului care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală.

Observăm că, în formularea textului legal referitor la angajarea răspunderii administratorului pentru ajungerea societății în starea de insolvență, legiuitorul a optat pentru termenul „a contribui” în loc de termenul „a cauza”. Sublinierea importanței cauzalității indică astfel faptul că legea nu prevede ca aceste fapte culpabile să fie fost determinante pentru cauzarea stării de insolvență, ci să fi contribuit la starea de insolvență a debitorului, împreună cu alte elemente care au influențat această stare, respectiv este suficient să facă parte dintr-o sumă de cauze care au condus în mod conjugat la incapacitatea de plată a societății.

285. Nu în ultimul rând, legiuitorul introduce o serie de norme prin care se prezumă legal culpa administratorului și raportul de cauzalitate, în cazul în care se constată că acesta a săvârșit una dintre faptele enumerate de textul legal. Potrivit art. 169 alin. 1 lit. d LPPII, dacă administratorii au „ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea”, ori „în cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă. Prezumția este relativă”. Spre deosebire de prevederea anterioară din art. 138 alin. 1 lit. d din Legea nr. 85/2006, art. 169 alin. 1 lit. d LPPII adaugă drept faptă ilicită nepredarea documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, caz în care atât culpa, cât și legătura de cauzalitate, se vor prezuma relativ. Pentru această faptă apreciem că doctrina a observat în mod corect că legiuitorul a optat pentru o răspundere civilă delictuală, prin conferirea permisiunii lichidatorului judiciar să identifice creanțele care pot fi recuperate și ale căror documente

¹⁶³ Țândăreanu, N.: *Codul insolvenței adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014 (Comentariu la art. 84 LPPII).

¹⁶⁴ C. Ap. Cluj, Decizia nr. 1430/19.10.2015.

justificative sunt ascunse de administratorul care nu le-a întocmit potrivit legii¹⁶⁵.

Am menționat că riscul angajării răspunderii personale a executivilor este mai mare decât acela al administratorilor fără atribuții executive, deși ultimii răspund în solidar în cazul societăților *in bonis*, iar răspunderea lor nu este exclusă nici după declanșarea procedurii insolvenței. Având în vedere că obiectivul acțiunii în răspunderea administratorului societății insolvente este acoperirea pasivului prin reîntregirea patrimoniului societății debitoare, iar răspunderea administratorului este limitată la acoperirea prejudiciului cauzat cu intenție, apreciem că regula judecății de afaceri nu va putea opera în raportul administratorului cu terții.

3.3. Aplicabilitatea regulii judecății de afaceri în vecinătatea insolvenței

286. Jurisprudența din Delaware, creatorea regulii judecății de afaceri, nu este unitară cu privire la aplicabilitatea acesteia în cazul administratorilor societăților în vecinătatea insolvenței. Totuși, doctrina americană nu a înțeles să excludă aplicarea regulii judecății de afaceri în cazurile de *deepening insolvency*, în care administratorii au optat să prelungească în mod nejustificat viața societății, deoarece deciziile de afaceri eronate sunt protejate de regulă indiferent de solvabilitatea societății¹⁶⁶.

În practică s-a reținut că atât deciziile de acțiune conservator, cât și strategiile de afaceri agresive, pot fi protejate de regula judecății de afaceri¹⁶⁷. În dreptul american, chiar și în cazul societăților aflate în vecinătatea insolvenței, regula judecății de afaceri, cauzele de înlăturare sau limitare a răspunderii sunt aplicabile, iar creditorii au în mod excepțional posibilitatea de a formula o acțiune în răspunderea administratorului, fiind constrânși în principiu să formuleze o acțiune derivativă în numele societății¹⁶⁸.

¹⁶⁵ A se vedea Bercea, L., art. precitat supra 1018, p. 413 și Puie, O., articol precitat supra 1017.

¹⁶⁶ A se vedea Thompson, D. C., art. precitat supra 993 și Bainbridge, S. M., art. precitat supra 977, p. 37.

¹⁶⁷ Cauza *Production Resources Group LLC. v. NCT Group Inc.*, 863 A.2d 77, Delaware Chancery Court, 2004.

¹⁶⁸ Millner, R. B.: *Potential Liability For Deepening Insolvency And Breach Of Fiduciary Duty To Creditors*, American Bar Association Section of Litigation Annual Conference, 11-14 aprilie 2007.

În contextul modificării răspunderii administratorilor prin extinderea faptelor pentru care aceștia pot răspunde, observăm că legiuitorul român limitează angajarea răspunderii pentru faptele comise de administrator cu intenție. Se pune astfel problema dacă dreptul român permite aplicarea regulii judecătii de afaceri în cazul faptelor administratorului care au contribuit la starea de insolvență, deși legiuitorul a renunțat la includerea acestei reguli în LPPII, prevăzută în varianta inițială a legii¹⁶⁹. Reluând condițiile de aplicabilitate a regulii propuse de principiile ALI, regula judecătii de afaceri se va aplica dacă un administrator ia o decizie de afaceri cu bună-credință, nu are nici un interes personal în acea decizie, se informează în mod rezonabil cu privire la obiectul și efectele deciziei de afaceri și apreciază cu bună-credință că decizia este în interesul societății. Astfel, administratorul nu va fi obligat de instanță să repare prejudiciul produs societății prin decizia de afaceri defectuoasă, dar de bună-credință, urmând ca efectele materiale ale acestei erori de administrare să fie suportate de societatea ai cărei acționari și-au asumat riscul de afaceri prin numirea mandatarului¹⁷⁰.

Constatând aplicabilitatea regulii judecătii de afaceri pentru orice decizie de afaceri care îndeplinește condițiile legale, chiar și acea decizie care a contribuit la starea de insolvență a societății, se pune întrebarea aplicabilității regulii în situația în care prejudiciul cauzat depășește valoarea patrimoniului societății și afectează gajul general al creditorilor societății insolvente. Dacă în cazul societății *in bonis*, aceasta va suporta efectele gestiunii de administrare, ce se va întâmpla în cazul societății insolvente care nu deține suficiente active pentru acoperirea prejudiciilor cauzate terților prin decizia de afaceri protejată de regulă? Poate fi opus efectul regulii față de creditorii societății?

În situația angajării răspunderii speciale a administratorului potrivit LPPII, legea prevede în mod expres faptul că angajarea răspunderii administratorului poate avea loc doar pentru faptele intenționate, săvârșite cu *culpa lata*, astfel încât că o greșală de administrare comisă cu *culpa levis* sau *culpa levissima* nu poate conduce la răspunderea personală a administratorului. Apreciem astfel că, având în vedere precizia textului legal

¹⁶⁹ A se vedea Bercea, L., *art. precitat supra* 1018, p. 415.

¹⁷⁰ *Idem*.

de a limita angajarea răspunderii personale la faptele ilicite sau încălcările obligațiilor fiduciare comise cu intenție, angajarea răspunderii administratorului pentru fapte comise din culpă nu este posibilă. În ciuda agravării regimului răspunderii speciale, aceasta rămâne una limitată pentru riscul afacerii și pentru greșelile de administrare¹⁷¹.

În ceea ce privește condițiile aplicării regulii, apreciem că doar ultima ar putea deveni problematică în contextul vecinătății insolvenței, având în vedere interpretarea inconsistentă a interesului societății. Dacă se interpretează că administratorul datorează în continuare obligațiile fiduciare societății, nu vedem nici un raționament pentru care regula nu ar fi aplicabilă, mai ales că LS nu distinge în acest sens între societățile *in bonis* și societățile aflate în insolvență. În contextul deplasării obligațiilor fiduciare ale administratorilor către creditorii societății, apreciem că regula nu ar avea obiect în dreptul român.

3.4. Beneficiarii obligațiilor fiduciare ale administratorului în vecinătatea insolvenței

287. În doctrina americană s-a menționat că „dreptul societar nu prevede obligația responsabilității sociale corporative, ba chiar se pune întrebarea dacă aceasta este permisă”¹⁷². Cu alte cuvinte, se pune întrebarea dacă legea permite extinderea obligațiilor fiduciare ale administratorilor în interesul creditorilor în momentul luării deciziilor de afaceri. Anumiți autori apreciază că deschiderea procedurii insolvenței nu produce nicio schimbare majoră, iar administratorii vor datora societății aceleași obligații pe care le datorau înainte acționarilor și societății¹⁷³. O jurisprudență semnificativă reține că, în vecinătatea insolvenței, administratorii sunt datori să asigure un echilibru între interesele acționarilor pe de o parte, și legitima protecție a celorlalți deținători de interese (*stakeholders*), în special creditorii și salariații¹⁷⁴.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 416.

¹⁷² A se vedea Bainbridge, S. M., *art. precitat supra* 977, p. 5.

¹⁷³ A se vedea Veasey, E. N., Di Guglielmo, C. T., *art. precitat supra* 974, p. 1401.

¹⁷⁴ Traducerea termenului „*stakeholder*” este preluată din Codul de guvernanță BVB, versiunea 2015. În cauza *Katz v. Oak Indus. Inc.*, 508 A.2d 873, Delaware Chancery Court, 1986,

Cea mai mare parte a doctrinei și a jurisprudenței americane susține deplasarea¹⁷⁵ sau extinderea obligațiilor fiduciare ale administratorilor societăților în vecinătatea insolvenței în beneficiul creditorilor sociali, deoarece în acest context, administratorul nu este un simplu mandatar al celor care și-au asumat riscuri financiare, ci datorează protecție întreprinderii în ansamblu. Acești autori apreciază că noțiunea de interes social se deplasează de la „protecția interesului comun al acționarilor de a-și maximiza valorificarea aportului adus în societate, spre protecția intereselor celor de al căror credit comercial depinde continuitatea întreprinderii aflate în vecinătatea insolvenței”¹⁷⁶, respectiv creditorii. Deși am demonstrat prin diferite exemple că interesul acționarilor nu se suprapune mereu cu interesul societății, interesul superior al societății administrate se dovedește a fi adesea numitorul comun al presiunii acționarilor de a-și maximiza averea și stabilitatea raporturilor juridice dintre societate și creditorii. Susținătorii teoriei deplasării obligațiilor fiduciare în favoarea creditorilor admit că obligațiile fiduciare rămân aceleași, însă pot face obiectul acțiunii derivative a creditorilor, dar nu a acționarilor¹⁷⁷.

Observăm lipsa unei legături veritabile între obligațiile fiduciare și prioritatea plății creditorilor care să justifice înlocuirea drepturilor acționarilor cu cele ale creditorilor în vecinătatea insolvenței. Mecanismul priorității plății creditorilor în procedura insolvenței este prevăzut în majoritatea statelor lumii, iar anumiți autori și-au manifestat revolta față de dezechilibrele de putere care nu mai sunt luate în considerare în cazul întreprinderilor în dificultate¹⁷⁸. Așadar, se impune verificarea creditorilor

instanța a reținut că obligația administratorilor este aceea de a maximiza interesele pe termen lung ale tuturor deținătorilor de interese.

¹⁷⁵ Cauza *In re James River Coal Co.*, 2007 WL 438244, United States Bankruptcy Court, E.D. Virginia, Richmond Division, cauza *Carrieri v. Jobs.com Inc.*, 393 F.3d 508, United States Court of Appeals, 2004, cauza *In re Adelphia Communications Corp.*, 323 B.R. 345, 386 n.140, United States Bankruptcy Court, New York, 2005.

¹⁷⁶ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., art. precitat supra 875, p. 44. În cauza *FDIC v. Sea Pines Co.*, 692 F.2d 973, Curtea Supremă SUA, 4th Cir. 1982, instanța a reținut că atunci când societatea devine insolventă, obligațiile fiduciare ale administratorilor se deplasează de la acționari în beneficiul creditorilor. Aceeași motivare în cauza *Henderson v. Buchanan*, 52 B.R. 743, 763, US Court of Appeals 9th circuit, 1993.

¹⁷⁷ A se vedea Millner, R. B., art. precitat supra 1028.

¹⁷⁸ Lipson, J. C.: *Directors' Duties To Creditors: Power Imbalance And The Financially Distressed Corporation*, University of California Los Angeles Law Review nr. 50/2003, p. 1189.

voluntari, precum instituțiile de credit, și cei care nu au avut aceleași drepturi de a fi informați cu privire la operațiunile societății și de a rezilia raportul juridic cu societatea, precum angajații sau autoritățile fiscale.

288. În anul 2004, Curtea Supremă a Canadei, menținând soluția Curții de Apel Quebec, a apreciat că administratorii unei întreprinderi în dificultate datorează obligațiile fiduciare societății, iar nu creditorilor acesteia. Doctrina ce a urmat pronunțării acestei soluții a dezbătut intens soluția, autorii canadieni au justificat soluția pe definiția vagă a cadrului temporal al vecinătății insolvenței, sugerând că deplasarea obligațiilor fiduciare în favoarea creditorilor la acest punct ar reprezenta un obstacol în exercitarea judecății de afaceri¹⁷⁹.

Opiniile contrare din literatura juridică canadiană justifică extinderea obligațiilor fiduciare în beneficiul creditorilor în baza a două teorii. Prima, „*trust fund theory*”, explică faptul că administratorii unei societăți aflate în incapacitate de plată administrează activele acesteia în beneficiul creditorilor¹⁸⁰. A doua teorie, „teoria riscului”, explică faptul că acționarii unei societăți insolubile preferă politici riscante pentru a-și crește șansele de redresare sau maximizarea valorii reziduale, iar creditorii vor prefera menținerea valorii societății și evitarea riscurilor risipirii suplimentare a activelor¹⁸¹. În vreme ce în viziunea canadiană, administratorii sunt obligați să maximizeze valoarea societății, doctrina continentală admite că interesele superioare ale societății includ în etapa vecinătății insolvenței interesele acționarilor, ale angajaților, ale clienților, dar mai ales ale creditorilor¹⁸².

¹⁷⁹ Cauza *Peoples Department Stores Inc. v. Wise*, 3 S.C.R. 461, Curtea Supremă a Canadei, 2004. A se vedea Byers, M., studiu precitat, *supra* 825.

¹⁸⁰ Cauza *CarrAmerica Realty Corp. v. Nvidia Corp.*, 2006 WL 2868979, Curtea Supremă din California, 2006. A se vedea Huff, P. L. J., Silberglied, R. C.: *From Production Resources to Peoples Department Stores: A Similar Response by Delaware and Canadian Courts on the Fiduciary Duties of Directors to Creditors of Insolvent Companies*, *Journal for Business and Technology Law* nr. 455/2006-2007, p. 462.

¹⁸¹ Iacobucci, E. M.: *Directors Duties in Insolvency*, *Canadian Business Law Journal* nr. 39/2003, p. 398.

¹⁸² A se vedea Byers, M., studiu precitat, *supra* 972; Rousseau, S.: *La reconfiguration du devoir de loyauté des administrateurs de société par action: de Charybde en Scylla?*, *La revue du notariat* nr. 7/2002, p. 3 și Sandler, T. C., Ben-Ishai, S.: *Directors and Officers Liability Around the Globe. Director Liability in Canadian Insolvencies*, *American Bankruptcy Institute 20th Annual Spring Meeting*, 18-21 aprilie 2002, Toronto, Canada.

Totuși, în vreme ce creditorii sunt protejați de lege, acționarii, în calitate de creditori reziduali, nu se bucură de aceleași garanții.

Ne alăturăm opiniei potrivit căreia nu se schimbă mandantul căruia îi este datorată obligația și nu se poate vorbi despre o veritabilă loialitate datorată de administratori creditorilor societății în lipsa unui temei legal sau contractual care să stabilească un raport fiduciar între aceștia. Temeiul legal al pretențiilor creditorilor de a le fi considerate interesele este obligația generală de bună-credință, respectiv când prin interpretarea raportului juridic, este evident că părțile nu ar fi convenit asupra unui anumit act dacă ar fi avut posibilitatea negocierii lui¹⁸³.

289. Dintre statele membre UE, observăm că doar șapte jurisdicții au reglementat deplasarea obligațiilor administratorilor societăților în vecinătatea insolvenței. În aceste state se observă o tendință de protecție suplimentară a creditorilor în cazul întreprinderilor în dificultate prin înăsprirea standardului diligenței și prudenței¹⁸⁴. Deplasarea obligațiilor în privința beneficiarilor acestora este privită ca efect al schimbării obiectivelor societății în această etapă și a modificării noțiunii de interes superior al societății¹⁸⁵. În lipsa instituirii unor obligații specifice administratorilor societăților în dificultate potrivit criteriului enunțat de Directiva 2017/1132, privind capacitatea statelor de a aplica și de a constrânge subiecții la îndeplinirea obligațiilor fiduciare ca deosebit de importantă. Având în vedere faptul că în majoritatea cazurilor, deciziile de afaceri luate de administratorii societăților în vecinătatea insolvenței vor fi evaluate mai temeinic, apreciem că standardul de evaluare a diligenței și prudenței este în mod corect mai ridicat în majoritatea statelor, cel puțin în ceea ce privește criteriile subiective.

Răspunderea administratorilor pentru faptele prejudiciabile care au condus la incapacitatea de plată a societății are loc în statele membre UE, în

¹⁸³ A se vedea cauza *Katz*, *supra* 1034 și Bainbridge, S. M., *art. precitat supra* 977, p. 18.

¹⁸⁴ Danemarca, Estonia, Ungaria, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta și Marea Britanie. A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, pp. 208-215 și Rickford, J.: *Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, *European Business Law Review* nr. 15/2004, pp. 916-920, 938-940.

¹⁸⁵ Davies, P. L.: *Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, *European Business Organization Law Review* nr. 7/2006, pp. 300-303.

general, după intrarea în insolvență, și destul de rar înainte¹⁸⁶. Lichidatorii judiciari nu sunt interesați să introducă acțiunea în răspunderea administratorilor, din cauza costurilor implicate, a jurisprudenței imprevizibile, și deoarece în cazul societăților mici, asociații sunt și membri ai organelor de administrare, astfel încât o mare parte a patrimoniului lor a fost investit în societatea insolventă.

Soluția din dreptul român este una de mijloc¹⁸⁷. Potrivit abordării legiuitorului, activitatea administratorilor în vecinătatea insolvenței este mai expusă angajării răspunderii acestora față de creditori și mult mai puțin față de acționari. Apreciem că un administrator de bună-credință și rațional ar trebui să își orienteze deciziile de afaceri în această perioadă în sensul protejării intereselor creditorilor și a reîntregirii patrimoniului societății, pentru a răspunde în mod pragmatic riscului de a-i fi angajată răspunderea în cazul deschiderii procedurii insolvenței. Apreciem că o obligație de loialitate datorată creditorilor nu ar avea nici un temei legal, însă din motive de oportunitate, dar și pentru îndeplinirea obligației generale de bună-credință, interesul administratorului este de a încerca încheierea unor înțelegeri cu creditorii, novații sau obținerea unor noi credite, și de a evita plățile preferențiale arbitrare.

¹⁸⁶ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, pp. 216-228.

¹⁸⁷ A se vedea Catană, R. N., Cărăbaș, M., *art. precitat supra* 875, p. 46.

CAPITOLUL VII.

Răspunderea civilă a administratorului societății *in bonis*. Acțiunea în răspundere. Remedii și limitări

1. Considerații introductive privind răspunderea juridică a administratorilor

290. Natura juridică a răspunderii civile a administratorilor față de societate a fost dezbătută în doctrină, dat fiind faptul că atribuțiile lor sunt prevăzute de lege, însă derivă și din actul constitutiv, din hotărârile adunării generale și din contractul de administrare. Doctrina interbelică aprecia că ar fi vorba despre o răspundere pur delictuală determinată de neîndeplinirea obligațiilor stabilite de lege, o abordare îmbrățișată și mai târziu de susținătorii teoriei organiciste¹. Alți autori au apreciat că asimilarea contractului de administrare cu contractul de mandat conduce indubitabil la idea unei răspunderi pur contractuale.

În prezent, jurisprudența nu este unitară cu privire la natura juridică a răspunderii civile a administratorilor. În principiu, administratorii răspund față de societate pentru neîndeplinirea obligațiilor izvorâte din contractul de mandat potrivit regulilor specifice răspunderii contractuale și pentru nerespectarea obligațiilor legale prevăzute de Legea societăților potrivit regulilor specifice delictelor civile, a răspunderii civile delictuale².

Răspunderea delictuală este o răspundere de drept comun, astfel încât principiile acesteia vor putea completa mecanismul răspunderii contractuale dacă nu sunt incompatibile cu alte dispoziții care privesc

¹ Bodu, S. V.: *Răspunderea administratorului față de societate*, RRDA nr. 4/2015, pp. 21-22.

² Cărpenaru, S. D.: *Tratat de drept comercial român*, ediția a 4-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 226.

această răspundere. Angajarea răspunderii delictuale a împrumutat în majoritatea sistemelor de drept condițiile prevăzute de dreptul francez, respectiv existența unui prejudiciu, a unei fapte ilicite, a unui raport de cauzalitate între primele două, și existența vinovăției celui care a cauzat prejudiciul, constând în intenția, neglijența sau imprudența cu care a acționat³. În ceea ce privește răspunderea contractuală, condițiile angajării acesteia sunt neexecutarea obligației contractuale care a produs un prejudiciu, raportul de cauzalitate între neexecutare și prejudiciu și vinovăția debitorului obligației de executat. Una din diferențele fundamentale dintre aceste două regimuri de răspundere este proba vinovăției, care este prezumată în materie contractuală prin simplul fapt al neexecutării obligației, însă culpa trebuie dovedită în materie delictuală⁴.

Răspunderea membrilor organelor de conducere pentru prejudiciul produs societății prin neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor lor legale, statutare și stabilite prin hotărârile adunării generale se fundamentează pe dispozițiile generale ale art. 220 Cod Civil. Acest text prevede pentru prima dată printr-o normă generală de drept acțiunea în răspunderea membrilor organelor de administrare ale persoanei juridice. În vreme ce Legea societăților reglementa anterior intrării în vigoare a Codului Civil 2011 acțiunea în răspundere contra administratorilor pentru prejudiciile cauzate societății, Decretul nr. 31/1954 referitor la persoanele fizice și persoanele juridice nu conținea nicio referire cu privire la acțiunea în răspundere a organelor persoanei juridice⁵.

Actele și faptele juridice săvârșite de administrator în îndeplinirea obligațiilor de gestiune pot angaja răspunderea sa civilă, contravențională sau penală. Vom prezenta pe scurt formele răspunderii penale și contravenționale ale administratorului, urmând să tratăm pe larg răspunderea civilă în

³ Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I.: *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform Noului Cod Civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 412 și urm.

⁴ Popa, I. F.: *Coordonatele răspunderii contractuale. Partea I – Fundamentele răspunderii contractuale*, RRDA nr. 5/2015, pp. 150-151.

⁵ Todică, C.: *Particularități ale acțiunii în răspundere a administratorului societății reglementată de Legea nr. 31/1990. Privire comparativă cu dispozițiile Codului Civil*, Pandectele Române nr. 8/2012, p. 13.

secțiunea a doua a prezentului capitol, deoarece această formă de răspundere este cea care prezintă interes pentru încălcarea obligațiilor fiduciare.

1.1. Răspunderea penală a administratorilor

291. Legea nr. 31/1990 (LS) incriminează unele dintre faptele culpabile ale administratorilor ca infracțiuni în art. 271-275. Menționăm ca relevante dispozițiile art. 275 alin. 1 LS, care privesc actele îndeplinite în conflict de interese, respectiv încălcarea de către administrator a dispozițiilor art. 144 ind. 4 alin. 3 LS. Având în vedere faptul că acest text legal privește doar societățile pe acțiuni, subiectul activ al acestei infracțiuni poate fi administratorul, directorul general, directorul, membrul consiliului de supraveghere sau al directoratului (inclusiv administratorul de fapt)⁶, iar în cazul în care administratorul sau membrul consiliului de supraveghere este o persoană juridică, se vor aplica regulile răspunderii penale a persoanei juridice. În ceea ce privește acțiunea penală, aceasta se pune în mișcare și din oficiu, iar răspunderea penală este personală, deși răspunderea civilă a administratorilor este în principiu solidară. Așadar, în cazul unei fapte penale cauzatoare de prejudicii, răspunderea penală se poate cumula cu răspunderea civilă a administratorului⁷.

292. În cazul în care fapta culpabilă reprezintă și o infracțiune pentru care acțiunea penală nu se pune în mișcare din oficiu, plângerea penală formulată de către societate se supune dispozițiilor procedurale prevăzute de art. 155 alin. 1 LS⁸. Aceeași abordare este reflectată de jurisprudență, respectiv aprobarea prealabilă din partea adunării generale pentru promovarea plângerii penale împotriva administratorului și inaplicabilitatea dispozițiilor art. 155 alin. 1 LS în cazul infracțiunilor pentru care acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu⁹.

⁶ Bodu, S. V.: *Limitări și conflicte de interese la numirea și în exercitarea mandatului de administrator al unei societăți comerciale*, RRDA nr. 12/2015, p. 94.

⁷ Todică, C.: *Răspunderea juridică civilă a administratorului societății comerciale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Universitară, București, 2012, pp. 19-20.

⁸ Maidanuc, I.: *Considerații privind aprobarea acțiunii în răspundere potrivit art. 150 din Legea nr. 31/1990*, Curierul Judiciar nr. 6/2002, p. 25-26.

⁹ Î.C.C.J., sect. pen., Decizia nr. 3332/2007, Buletinul Casației nr. 1/2008, p. 70, comentată de Todică, C., art. precitat supra 1052, p. 16.

Potrivit principiului disponibilității, adunarea generală va decide și cu privire la constituirea societății ca parte civilă în procesul penal, acest mecanism având același obiectiv ca și acțiunea civilă în răspundere, respectiv recuperarea prejudiciului cauzat societății. Introducerea acțiunii civile este condiționată de acordarea unui mandat special în acest sens, prin votul adunării generale și acțiunea promovată de acționarii minoritari se spune condițiilor art. 155 ind. 1 LS. În cazul în care acțiunea civilă este exercitată pe cale separată, se pune în discuție autoritatea de lucru judecat a hotărârii penale cu privire la culpa autorului și a cuantificării prejudiciului suferit de societate¹⁰.

293. Armonizarea dreptului concurenței la nivelul UE și criminalizarea faptelor anticoncurențiale după anul 2000 se reflectă și în legislația românească¹¹. Până în anul 2013, mai mult de 30 de state europene sancționau penal sau contravențional faptele care restrâng concurența, reflectând tendința globală. S-a observat că, în general, statele optează pentru unul din cele trei modele clasice de sancționare a faptelor anticoncurențiale. Primul model prezintă sancționarea penală a persoanelor fizice sau a persoanelor juridice, specifică jurisdicțiilor de *common law*, precum Marea Britanie sau Irlanda, prima reglementare de acest gen fiind identificată în SUA în secolul XIX sub numele de *Sherman Act*. Al doilea model este specific sistemelor germane, precum Austria, Olanda, Germania, care prevăd în general sancțiuni administrative pentru faptele de concurență neloială comise de persoane fizice și de persoane juridice. Modelul mixt, care sancționează administrativ persoanele juridice și aplică sancțiuni penale persoanelor fizice răspunzătoare se întâlnește în Franța, Cehia, Slovacia și România¹².

¹⁰ Tulească, L.: *Delegarea atribuțiilor de conducere ale societății. Răspunderea solidară a administratorilor. Condiții și efecte*, RRDA nr. 9/2014, pp. 53-54.

¹¹ Buta, B., Ursuța, M.: *Procedura contravențională specială în materia concurenței. Scurte considerații*, Revista Română de Jurisprudență nr. 5/2012.

¹² Balancea, M.: *Componenta penală a dreptului concurenței*, Freedomhouse România, 2013 (<http://freedomhouse.ro/concurenta/index.php/ghid-in-dreptul-concurentei/item/331-marius-balancea-componenta-penal%C4%83-a-dreptului-concuren%C5%A3ei>) [accesat la data de 28.12.2018].

Potrivit prevederilor art. 65 coroborate cu art. 5 alin. 1 din Legea concurenței nr. 21/1996, sunt interzise înțelegerile orizontale și verticale care au ca scop participarea cu intenție frauduloasă și în mod determinant la conceperea, organizarea sau realizarea practicilor interzise de lege. Sub aspectul formei de vinovăție, art. 53 și urm. din Legea concurenței prevăd sancționarea persoanei juridice pentru acte contravenționale de concurență neloială „săvârșite cu intenție sau din neglijență”. În plus, fapta administratorului este prevăzută în mod expres de art. 65 din Legea concurenței, care enumeră persoanele care pot fi subiect activ al infracțiunilor precizate, respectiv o persoană care „exercită funcția de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcții de conducere într-o întreprindere”.

Legea prevede o cauză de nepedepsire pentru persoana care „mai înainte de a fi începută urmărirea penală”, denunță organelor de urmărire penală participarea sa la comiterea infracțiunii, permițând astfel „identificarea și tragerea la răspundere penală a celorlalți participanți” și o cauză de reducere a pedepsei pentru persoana care „în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit această infracțiune”. Am arătat în capitolul IV faptul că sistemul mixt de angajare a răspunderii persoanei juridice și a persoanei fizice care a determinat societatea să săvârșescă fapta penală sau contravențională poate declanșa dificultăți și o interpretare neunitară. Nu vom insista asupra regimului sancționator prevăzut de Legea nr. 21/1996, însă menționăm că încălcările normelor de dreptul concurenței sunt reglementate în general ca și contravenții.

În ceea ce privește faptele care pot constitui contravenții, art. 53 din Legea nr. 21/1996 prevede că întreprinderile sau asociațiile de întreprinderi vor fi sancționate cu amendă între 0,1% și 1% din cifra de afaceri totală din anul financiar anterior sancționării pentru furnizarea de informații inexacte, incomplete sau care induc în eroare, furnizarea de informații, documente, înregistrări și evidențe într-o formă incompletă în timpul inspecțiilor desfășurate potrivit legii ori refuzul de a se supune unei asemenea inspecții. În continuare, art. 55 din Legea nr. 21/1996 sancționează persoana juridică cu amendă între 0,5% și 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar

anterior sancționării pentru înțelegerile anticoncurențiale și practicile concertate care au ca obiect sau ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața relevantă sau abuzul de poziție dominantă. Art. 55 din Legea concurenței privește și lipsa notificării unei concentrări economice, realizarea unei operațiuni de concentrare economică prin încălcarea dispozițiilor aplicabile sau cu încălcarea deciziei de incapacitate emisă de Consiliul Concurenței. Potrivit jurisprudenței naționale, achiziționarea de acțiuni se supune obligației de notificare a concentrării economice, deoarece reprezintă o modalitate care poate conduce la controlul pieței¹³.

În ceea ce privește faptele care pot constitui infracțiuni, subiectul activ poate fi un administrator, un reprezentant legal ori o persoană care exercită în orice alt mod funcții de conducere într-o întreprindere. Faptele sunt prevăzute enumerativ în art. 5 alin. 1 din Legea concurenței și includ înțelegerile anticoncurențiale între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate, care au ca obiect sau ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia. Legea prevede că se vor sancționa faptele care stabilesc, direct sau indirect, prețuri de cumpărare sau de vânzare sau alte condiții de tranzacționare, care limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile, împart piețele sau sursele de aprovizionare, aplică partenerilor condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial ori condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare. Potrivit legii, administratorul care a săvârșit una dintre faptele expuse, va fi pedepsit cu închisoare de la 6 luni la 5 ani ori cu amendă și interzicerea unor drepturi.

1.2. Răspunderea contravențională a administratorilor

294. Spre deosebire de răspunderea penală, răspunderea contravențională sau administrativă a administratorului nu este prevăzută ca atare în legislația specială de drept societar, și se va angaja în cazul în care contravenția este reglementată de legislația fiscală, de dreptul muncii, de

¹³ Î.C.C.J., sect. de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 151/21.01.2003.

dreptul mediului, legea concurenței, etc. În fiecare caz se va avea în vedere subiectul activ prevăzut de norma contravențională aplicabilă, respectiv se va verifica dacă subiect activ poate fi o persoană juridică, determinată de administrator să săvârșească contravenția, și se va aplica același raționament ca în situația în care administratorul determină societatea să încalce o normă de drept pozitiv. Persoana juridică nu va răspunde contravențional, decât dacă această răspundere este expres prevăzută de lege. Odată cu reglementarea răspunderii penale a persoanei juridice, societatea răspunde în nume propriu pentru faptele penale.

Una dintre premisele guvernantei corporative este obligația mandatarilor sociali de a lua decizii în scopul promovării intereselor societății, acordând în același timp atenție îndatoririi de a maximiza profiturile. Din dorința de a atinge performanțe ridicate în îndeplinirea mandatului acordat și recompense suplimentare, dar și din teama de a fi înlocuiți sau sancționați, membrii organelor de conducere optează adesea pentru metode rapide și eficiente de a atinge aceste scopuri, neglijând calitatea, moralitatea și uneori chiar legalitatea mijloacelor alese. Un principiu consacrat ca și condiție esențială a îndeplinirii bunei-credințe este acela că, administratul este obligat să nu cauzeze în cunoștință de cauză o situație în care societatea să fie obligată să încalce legea, chiar dacă în urma unei judecăți raționale, consecința previzibilă a încălcării legii este maximizarea profitului societății. Societatea ca subiect de drept privat răspunde pentru faptele săvârșite de reprezentanții săi, iar pedepsele aplicabile persoanei juridice pot avea uneori chiar efectul dispariției acesteia de pe piață, prin aplicarea pedepsei radierii sau a unei amenzi de o valoare ridicată, care împiedică redresarea financiară a societății.

În legislațiile actuale se simte lipsa unei formulări clare a obligației administratorilor de a veghea respectarea legii de către societate și poziționarea acestei îndatoriri în structura guvernantei corporative. Inițial, instanțele au apreciat că aceasta ar fi o obligație de sine-stătătoare denumită *duty of obedience*, apoi au inclus obligația de a respecta legea în conținutul obligației de loialitate¹⁴, preponderent în cazurile în care administratorii nu au respectat normele interne sau instrucțiunile primite. Apreciem că

¹⁴ În cauza *Ryan v. Gifford*, A.2d 34, Delaware Chancery Court, 2007, administratorul s-a detașat de instrucțiunea primită de la acționari pentru emiterea unor opțiuni de cumpărare a acțiunilor de către directorii executivi.

respectarea instrucțiunilor primite de la acționari se încadrează în obligația de loialitate, iar obligația de a nu încălca legea trebuie să prevaleze instrucțiunilor primite de la acționari, fiind aplicabilă chiar și atunci când acționarii influențează administratorii să ia decizii contrare legii. De aceea, obligația de a respecta legea este un element intrinsec al bunei-credințe, dar nu și al obligației de loialitate, iar încadrarea obligației de a nu încălca legea în conținutul obligației de loialitate nu este oportună.

Răspunderea contravențională a administratorului poate fi angajată cumulativ sau separat de răspunderea contravențională a persoanei juridice, aceasta fiind o răspundere directă a administratorului. În cazul angajării răspunderii contravenționale a persoanei juridice, aceasta se va putea întoarce împotriva administratorului pentru totalitatea prejudiciilor suferite, precum amenda plătită sau daunele pricinuite de suspendarea sau retragerea unei autorizații.

2. Răspunderea civilă a administratorilor

295. În ceea ce privește statutul administratorilor, am arătat că doctrina și jurisprudența majoritară privesc aceste persoane ca fiind mandatar sociali. Într-o primă abordare, potrivit teoriei organiciste, instituția reprezentării a fost privită ca o derogare aparentă de la principiul relativității efectelor contractului, administratorul fiind un mesager care exprimă voința persoanei reprezentate, titularul dreptului¹⁵, fără a-și exprima un consimțământ propriu. El manifestă voința colectivă a asociațiilor societății, însă nu este mandatarul societății ori a asociațiilor¹⁶, ci puterea sa izvorăște din lege. Conform acestei teorii, în lipsa unui raport contractual, răspunderea pentru încălcarea obligațiilor administratorului va fi una delictuală.

Într-o a altă abordare, s-a formulat teoria instituțională, o varietate a teoriei americane *nexus of contracts*, care susține că societatea nu este nimic altceva decât o colecție de contracte între diferite părți, acționari,

¹⁵ Popa, I.: *Contractul de mandat*, RRDP nr. 5/2016, pp. 154-155.

¹⁶ Asencio, S.: *Le dirigeant de société, un mandataire special d'intérêt commun*, Revue des sociétés, 2000, pp. 695-697, comentat de Al Hajjar, S.: *Răspunderea civilă a administratorilor în caz de insolvență – între realitate și deziderat*, RRDA nr. 8/2010, pp. 46-47.

administratori, angajați, clienți și furnizori, iar administratorul nu este mandatarul societății, ci reprezintă însăși societatea, fiind un organ fără de care entitatea socială nu ar putea exista. Doctrina a dezvoltat și o teorie duală a relațiilor dintre administratori și societate, care distinge regimul răspunderii în funcție de natura obligației încălcate. Conform acestei teorii, se vor aplica regulile răspunderii civile delictuale pentru încălcarea obligațiilor legale și regulile răspunderii civile contractuale pentru încălcarea unei obligații izvorâte din contractul de mandat¹⁷.

În urma dezvoltării teoriei instituționale, s-a constatat că originea reprezentării și a funcției de gestiune poate fi explicată cel mai corect prin sublinierea naturii contractuale a acesteia, a voinței exprimate de asociați/acționari de a-și numi un reprezentant. Adepții teoriei mandatului justifică fundamentarea puterilor de gestiune și de reprezentare ale administratorilor pe contractul de societate¹⁸. Prin urmare, relația dintre administratori și acționari/societate este justificată de natura funcției deținute și de principiile contractului de mandat, fiind o relație contractual-fiduciară, cu un conținut stabilit legal și contractual, ceea ce determină o răspundere contractuală pentru încălcarea obligațiilor datorate¹⁹.

Apreciem că teoria mandatului explică în prezent puterile proprii ale administratorului care se nasc din însăși funcția sa și care nu sunt simple replici ale drepturilor asociaților/acționarilor. Fundamentul legal al contractului de mandat răspunde esenței funcției administratorului, de a crea și de a exprima manifestarea de voință a persoanei juridice, în numele căreia și pe seama căreia acționează. Fundamentul legal justifică, pe de-o parte, separația de puteri, și permite pe de altă parte celor care dețin capitalul, să numească și să revoce administratorii. Obligațiile inerente funcției de administrator, derivate din lege, determină din punct de vedere

¹⁷ A se vedea Costin, M. N., Costin, C. M.: *Răspunderea administratorilor*, în vol. *Ad honorem Stanciu D. Cărpenu, Studii Juridice Alese*, Ed. C. H. Beck, București, 2006, pp. 243-244.

¹⁸ Catană, R. N.: *Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 329.

¹⁹ Leaua, C.: *Societăți comerciale. Proceduri speciale*, Ed. C. H. Beck, București, 2008, pp. 292-294. „Raportul juridic dintre societate și administrator este un contract de mandat comercial”. C. Ap. Cluj, secț. com. de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 571/02.12.2004, în *Revista de Drept Comercial* nr. 1/2006.

organic funcția sa. Fundamentul contractual justifică acordarea prerogativelor de reprezentare administratorului de către mandantul său, societatea, și deschide posibilitatea aplicării unui regim agravat al răspunderii prin raportare la criteriul *culpa levis in abstracto*.

Fundamentul contractual și recurgerea la obligațiile inerente contractului de mandat, respectiv obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate, se pierd în prezent prin reglementarea acestor obligații într-o manieră imperativă. În reglementarea actuală, încălcarea obligațiilor de natura mandatului conferit *intuitu personae* și obligațiile legal-statutare inerente funcției conduc la angajarea răspunderii administratorului.

Încrederea conferită administratorilor este legată de o răspundere a acestora pentru faptele abuzive. Atât societatea, cât și creditorii sunt protejați prin acceptarea expresă²⁰ a mandatului de către persoana numită ca membru al directoratului, dublată de obligația de a încheia din acel moment o asigurare de răspundere profesională. După modelul german, răspunderea administratorului unui SRL din România este reclamabilă doar de către asociați, nu și de către creditori, atâta timp cât nu s-a demarat procedura insolvenței față de societate. Aceste prevederi propun soluția remedierii deficiențelor reclamate de către persoanele care au numit administratorii și a căror încredere a fost încălcată. Raționamentul acestui remediu este fundamentat pe faptul că „pericolul social” creat de faptele reclamabile ale administratorilor este redus atâta timp cât societatea este solvabilă și răspunderea personală a administratorului tinde să fie privită ca „a breach of the shareholders’ trust”. În raporturile cu terții, societatea este „de partea” administratorului care o reprezintă, iar practica prezintă tendința de apreciere *in concreto* a culpei administratorului.

Doctrina română a identificat trei forme ale răspunderii civile a administratorului societar, respectiv răspunderea ordinară față de societate, răspunderea excepțională față de terți și răspunderea specială în caz de insolvență a societății²¹. Dintre acestea, vom dezvolta răspunderea față de

²⁰ Cărpenaru S., Piperea, Gh., David, S.: *Legea Societăților. Comentariu pe articole*, Ed. C. H. Beck, București, 2014, p. 486.

²¹ Piperea, Gh.: *Obligațiile și răspunderea administratorilor societății comerciale. Noțiuni elementare*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 157.

societate și față de terți, urmând să adăugăm cazurile izolate în care administratorul răspunde față de asociați/acționari.

Răspunderea civilă a administratorului față de societatea administrată poate fi o răspundere directă, în cazul în care prejudiciul este cauzat prin fapta proprie patrimoniului societății. De asemenea, răspunderea poate fi indirectă, pentru fapta altor persoane, pe care administratorul are obligația să le supravegheze sau cu care răspunde în solidar. Nu în ultimul rând, putem vorbi despre o răspundere în regres, în situațiile în care societatea suportă prejudiciul cauzat de administrator unui terț în îndeplinirea atribuțiilor inerente funcției. În acest caz, dacă prejudiciul a fost acoperit de către societate, aceasta își poate recupera sumele de la administratorul culpabil printr-o acțiune în regres.

2.1. Răspunderea ordinară față de societate

296. În ceea ce privește răspunderea civilă directă a administratorilor față de societate, vom analiza exclusiv răspunderea pentru încălcarea obligațiilor fiduciare. Pe scurt, menționăm că legislația specială prevede o serie de cazuri de răspundere directă a administratorului față de societate. Acestea se referă în primul rând la răspunderea pentru neexecutarea obligațiilor preliminare constituirii societății, precum obligația de a solicita înmatricularea societății (art. 36 alin. 1 LS coroborat cu art. 19 alin. 1 din Legea nr. 26/1990), care se supune regulilor răspunderii civile delictuale, obligația administratorului cu puteri de reprezentare de a depune specimenul de semnătură la ORC (art. 45 alin. 1 LS coroborat cu art. 19 alin. 2 din Legea nr. 26/1990), sub sancțiunea inopozabilității și obligația de a încheia o asigurare de răspundere profesională, asupra căreia vom reveni ulterior. În al doilea rând, administratorul are obligația de a remedia neregularitățile privind constituirea societății (art. 46-48 LS), sub sancțiunea plății de daune cominatorii și obligația de a prelua de la fondatori documentele și corespondența referitoare la constituirea societății (art. 30 alin. 2 LS). În al treilea rând, administratorul răspunde pentru neîndeplinirea obligațiilor privind activitatea curentă a societății, respectiv administrarea internă (art. 70 alin. 1 LS, art. 142 alin. 1 LS, art. 153 ind. 1 alin. 1 LS), obligația

de a convoca AGA (art. 117 alin. 1 LS, art. 153 ind. 9 alin. 2 LS în cazul SA și art. 195 alin. 1 LS în cazul SRL), obligația de a urmări efectuarea de către asociați a vărsămintelor datorate (art. 73 alin. 1 lit. a LS, art. 144 ind. 2 alin. 1, art. 153 ind. 2 alin. 6 și art. 153 ind. 8 alin. 3 LS), obligația de a răspunde de realitatea dividendelor plătite (art. 67 alin. 3 coroborat cu art. 73 alin. 1 lit. b LS), obligația de a ține registrele prevăzute de lege și de a urmări efectuarea corectă a evidențelor și mențiunilor pe aceste documente (art. 73 alin. 1 lit. c LS), obligația de a aduce la îndeplinire hotărârile AGA și îndatoririle prevăzute de actul constitutiv etc.

297. În prezenta monografie susținem faptul că structura contractului de mandat reflectă în maniera cea mai oportună raportul juridic dintre administrator și societate/acționari (asociați) și caracterizează esența relației fundamentată pe încredere. Trăsăturile contractului de administrare se desprind prin raportare la dispozițiile dreptului comun referitoare la administrarea bunurilor altuia, gestiunea de afaceri, contractul de mandat și regulile general aplicabile contractelor. După cum am arătat în primele două capitole, dispozițiile dreptului comun privitoare la administrarea bunului altuia nu sunt aplicabile în mod direct administratorului societar. Prin multitudinea normelor de trimitere, legiuitorul aseamănă acest contract unui contract de mandat cu reprezentare și, fiind conferit unui profesionist, se prezumă a fi întotdeauna cu titlu oneros²². Îmbrățișăm abordarea doctrinei de drept continental, potrivit căreia, interesul suprem protejat de administrator trebuie să fie cel al mandantului, respectiv al societății administrate, și nu al persoanelor care dețin capitalul. Modelul american promovează ca principală obligație a administratorilor maximizarea averii acționarilor și protejarea intereselor acestora. Modelul german accentuează responsabilizarea administrației de a avansa bună-starea pe termen lung a societății, identificarea și armonizarea intereselor diferiților participanți la viața societății, cu precădere cele ale acționarilor, angajaților și creditorilor. Potrivit dreptului român, administratorul reprezintă acționarii, însă caracteristica principală a mandatului este exercitarea unor puteri proprii și manifestarea propriei sale voințe.

²² Terzea, V.: *Noul Cod Civil annotat cu doctrină și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2017. A se vedea și Trib. Ilfov, Decizia nr. 712/16.03.2016.

Pornind de la premisa majoritar acceptată, că administratorul este un reprezentant al societății, entitatea deține și pârghia necesară de a solicita angajarea răspunderii sau absolvirea de vreo vină a administratorului care a încălcat obligațiile pe care el le datorează. Administratorul gestionează un patrimoniu străin, fiind obligat să depună diligențele și prudența necesară și să promoveze bună-starea și profiturile societății cu loialitate și bună-credință. Justificarea angajării răspunderii administratorului de către societate reprezintă dreptul acesteia de a-și reîntregi patrimoniul lăsat în paza mandatarului, deoarece acest patrimoniu reprezintă gajul general al creditorilor persoanei juridice²³.

Complexitatea răspunderii administratorului pentru încălcarea obligațiilor fiduciare este dată de natura eterogenă și imprecisă a interesului superior al societății, pe care administratorul trebuie să îl vegheze și să îl avanseze. În primul rând, interesul societății variază în funcție de starea financiară a societății, fluctuând între diferite opțiuni de investiție, de lărgire a producției și situații de criză în vecinătatea insolvenței. În al doilea rând, interesul societății variază în funcție de alți factori externi, pe care i-am expus deja, cum ar fi situația unei fuziuni sau a unei preluări, politici legislative, poziția concurenților, interesele comunității sau ale creditorilor.

298. În ceea ce privește angajarea răspunderii pentru încălcarea obligației de loialitate, constatarea încălcării acestei obligații este mult mai simplă decât în cazul diligenței și prudenței. În primul rând, obligația de loialitate este o obligație de rezultat, astfel încât încălcarea acesteia prin încheierea unor operațiuni care dau naștere unui conflict de interese sau participarea la votul care privește aprobarea operațiunii în interesul administratorului reprezintă o încălcare evidentă a acestei obligații²⁴. În al doilea rând, obligația de loialitate este o obligație negativă, astfel încât omisiunea de a obține aprobarea organului competent pentru urmarea unei oportunități corporative, omisiunea de a informa cu privire la ocuparea

²³ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, p. 51.

²⁴ Un membru al consiliului de administrație care a înființat o societate concurentă, cu același obiect de activitate, având și în aceasta calitatea de administrator, încalcă obligația de a gestiona cu loialitate patrimoniul încredințat. A se vedea C.S.J., secț. com., Decizia nr. 760/1997, în *Revista Dreptul* nr. 2/1998, pp. 137-138.

funcției de membru al consiliului de administrație al unui SRL concurent, etc., denotă indubitabil încălcarea obligației.

În ceea ce privește angajarea răspunderii administratorilor societăților *in bonis*, acțiunea poate fi demarată nu doar în cazul comiterii unui act fraudulos sau contrar interesului social, ci și pentru acte neglijente sau imprudente care se reflectă în greșeli de gestiune. Angajarea răspunderii pentru încălcarea obligației de diligență și prudență este însă mai dificilă. Am demonstrat prin diverse decizii de speță caracterul multilateral al standardelor de evaluare aplicabile. În primul rând, deși standardul de conduită este cel al caracterului rațional, standardul de evaluare se va raporta la caracterul rezonabil al deciziei de afaceri dedusă judecății și care poate determina angajarea răspunderii administratorului. În al doilea rând, caracterul informat și urmarea unui proces decizional coerent va împiedica sancționarea administratorului de bună-credință pentru simple erori de gestiune sau de judecată. Subliniem faptul că pasivitatea administratorului nu echivalează unei decizii de a nu acționa, care poate fi luată în condiții de informare, deliberare și prudență. În ceea ce privește erorile de strategie, care nu fundamentează în principiu angajarea răspunderii pentru încălcarea obligației de diligență și prudență²⁵, se pune problema standardului irosirii. Așadar, încălcarea acestei obligații de mijloace se dovedește a fi mult mai complexă pentru societatea reclamantă.

Evaluarea conduitei membrilor organelor de conducere SA se realizează prin coroborarea dispozițiilor din legea specială și din Codul Civil referitoare la contractul de mandat. Se vor aplica dispozițiile art. 72 LS, reluate în cazul SA administrate în sistem unitar în art. 144 ind. 2 alin. 1 LS și în cuprinsul art. 153 ind. 8 alin. 3 LS pentru SA administrate în sistem dualist. Dispozițiile art. 144 ind. 1 LS reflectă criteriul obiectiv și abstract al evaluării conduitei administratorilor și membrilor consiliului de supraveghere SA, criteriul gestionarului obișnuit de prudent și diligent. În ceea ce privește probarea încălcării obligației de diligență și prudență, care este o obligație de mijloace, alocarea legală a sarcinii probei este cea de drept comun, reclamantii vor face întotdeauna dovada că administratorii nu au

²⁵ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, p. 54.

depus eforturile necesare, nu au avut preocuparea care era așteptată de la ei, ci au fost neglijenți și imprudenți.

Acest standard al bunului administrator, specific răspunderii civile contractuale, reprezintă o agravare a răspunderii administratorilor, prin raportare la un model uman abstract. Îndeplinirea obligațiilor fiduciare de către administrator va fi raportată la un *bonus pater familias*, iar standardul de evaluare a conduitei administratorului este acela al unui profesionist diligent și prudent în îndeplinirea mandatului cu titlu oneros, prevăzut de art. 2018 alin. 1 Cod Civil. Criteriul diligenței unui *bonus pater familias* se aplică mai riguros în cazul administratorilor SA, exigența nefiind cea proprie, ci una obiectivă (*in abstracto*). Așadar, un bun administrator răspunde atât pentru culpa gravă (*culpa lata*), cât și pentru culpa ușoară (*culpa levis*). Spre deosebire de jurisprudența de *common law*, culpa administratorilor SA se evaluează după criteriul obiectiv al bunului administrator indiferent de experiența, de abilitățile și de pregătirea lor²⁶, însă în practică se iau în considerare adesea condițiile specifice în care acționează. Circumstanțele concrete în care acționează administratorul privesc natura mandatului său, care este încărcat cu sarcina asumării unor riscuri de afaceri. Societatea reclamantă nu va fi obligată să facă dovada culpei administratorului, aceasta fiind prezumată.

299. Stabilirea raportului de cauzalitate dintre fapta imputată administratorului și prejudiciul cauzat societății este uneori dificilă în practică, cu atât mai mult în cazul obligațiilor fiduciare. Am arătat că în cazul încălcării obligației de diligență și prudență, o obligație de mijloace, cauzele exterioare susceptibile de a amplifica efectele păgubitoare ale deciziilor de afaceri nu sunt neglijabile, iar pentru dovedirea lipsei bunei-credințe se impun mai multe acte sau fapte repetate care să determine o atitudine de re-credință. În practica judiciară română, în cazul stabilirii raportului de cauzalitate, instanțele sunt puse în fața opțiunilor de a acorda repararea

²⁶ A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 1048, p. 34. A se vedea și Trib. Ilfov, Decizia nr. 712/16.03.2016 „Răspunderea pentru incompetență, ineficiență ori pentru greșeli de gestiune este o răspundere contractuală, care decurge din neîndeplinirea unor criterii ori standarde de performanță ori din pierderile suferite de societate în exercițiul funcțiilor administratorului. În orice caz, indiferent de forma de răspundere civilă a administratorului, aceasta este o răspundere bazată pe culpă. În cazul răspunderii contractuale, culpa este prezumată”.

integrală a prejudiciului sau de a pronunța exonerarea administratorului²⁷. Nu am identificat în practica românească decizii de speță în care administratorul să fie obligat la repararea prejudiciului previzibil de care a fost lipsită societatea. Revenind la dezbaterile doctrinare cu privire la natura contractuală sau delictuală a răspunderii, apreciem că lipsa jurisprudenței cu privire la acoperirea prejudiciului previzibil se datorează incompatibilității acestui remediu cu răspunderea civilă delictuală.

În cazul administratorilor SA, se va aplica o analiză obiectivă (*in abstracto*), a unui bun administrator, care răspunde pentru culpa gravă (*culpa lata*) și pentru culpa ușoară (*culpa levis*), iar caracterul obiectiv al aprecierii culpei se datorează în primul rând calității lor de profesioniști și abia apoi caracterului oneros al mandatului. Considerăm că acest criteriu al bunului proprietar ar trebui adaptat domeniului de afaceri. Am arătat în studiul doctrinei de drept comparat, că administratorul va fi comparat cu alt administrator în aceeași societate și în circumstanțe similare, iar nu cu o persoană obișnuită, și se vor lua în considerare contextul financiar, cultural și alte circumstanțe, precum domeniul de afaceri, pregătirea și experiența sa²⁸.

Angajarea răspunderii administratorilor pentru încălcarea unor obligații legale și statutare este mai puțin greoaie, cel puțin pe tărâm probatoriu, acestea fiind în general obligații de rezultat. Dintre acestea menționăm răspunderea pentru neregularitățile în constituirea societății, pentru încălcarea demersului legal de convocare AGA, inclusiv la cererea acționarilor care dețin 5% din capital²⁹.

În cazul sistemului unitar, am arătat că administratorii răspund față de societate și pentru faptele prejudiciabile ale directorilor și ale personalului încadrat, aceasta fiind o răspundere pentru propria faptă de a nu fi exercitat corespunzător obligația de supraveghere, inclusiv în cazul delegării³⁰. Delegarea obligației de supraveghere nu este posibilă în ansamblul ei, iar administratorii pot înlătura răspunderea doar dacă demonstrează că fapta

²⁷ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, p. 59.

²⁸ Aceeași viziune este expusă și de Al Hajjar, S., *idem*, p. 54.

²⁹ Art. 49, art. 117 și art. 119 din Legea nr. 31/1990.

³⁰ C. Ap. Constanța, secț. com. maritimă și fluvială și pentru cauze de cont. adm., Decizia nr. 623/COM/02.10.2008.

prejudiciabilă a personalului angajat s-ar fi produs în ciuda măsurilor preventive corespunzătoare și diligente pe care le-au luat. Răspunderea pentru propria culpă se va evalua potrivit aceluiași criteriu obiectiv. Menționăm că, în acest caz, solidaritatea administratorilor și a directorilor nu este prevăzută de lege, astfel încât răspunderea va fi divizibilă³¹. Spre deosebire de membrii consiliului de administrație, membrii consiliului de supraveghere nu răspund pentru faptele culpabile ale membrilor directoratului și nu au atribuții de supraveghere sau de implementare a unor sisteme de informare și control.

300. În cazul răspunderii contractuale, criteriul subiectiv și criteriul obiectiv se pot aplica în paralel sau cumulat, iar culpa se prezumă. În cazul răspunderii civile delictuale, culpa se analizează după criteriul obiectiv și trebuie dovedită de reclamanți. În cazul răspunderii administratorilor SRL, am arătat că vinovăția se va evalua potrivit dreptului comun, art. 2018 alin. 1 Cod Civil, care reflectă criteriul obiectiv pentru mandatul oneros, *diligența pe care o manifestă în propriile afaceri*³² și criteriul subiectiv pentru mandatul cu titlu gratuit.

Răspunderea administratorilor este unică, indiferent de forma societară, *actio mandati directa*³³ și solidară potrivit art. 73 alin. 1, art. 144 ind. 2 alin. 1 și art. 153 ind. 8 alin. 3 LS, indiferent dacă administratorii sau membrii consiliului de supraveghere lucrează și decid împreună sau separat într-un caz concret. Justificarea este aceea, că atribuțiile lor sunt în principiu similare, iar patrimoniul administrat este același, încrederea celor care dețin capitalul fiind oferită organului colegial în ansamblu. Chiar și în cazul exercitării separate a atribuțiilor în cadrul organului colegial, legea protejează societatea prin instituirea principiului răspunderii solidare, care se poate îndrepta împotriva oricăruia dintre membri, prejudiciul fiind ulterior repartizat între ei potrivit culpei fiecăruia, însă consiliile de administrație nu vor putea obliga un membru insolubil să își asume deciziile prejudiciabile.

³¹ A se vedea Cărpănuș, S. D., *op. cit supra* 1049, p. 227.

³² Bodu, S. V.: *Legea societăților comentată și adnotată*, Ed. Rosetti, București, 2016 (Comentariu la articolul 144 ind.1 din Legea societăților).

³³ A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 1048, p. 21.

Deși criteriul răspunderii agravate pentru care a optat legiuitorul român, pentru motivele expuse în capitolul II, respectiv *culpa levis in abstracto*, reprezintă un standard mai strict al profesionistului care are abilități specifice, solicitările de reparare a prejudiciului social nu sunt numeroase. Doctrina numește câteva justificări ale așa-numitei „fragilități” a angajării răspunderii pentru prejudiciul cauzat de administratorii societăților *in bonis*³⁴, precum pasivitatea acționarului majoritar de a promova acțiunea în răspunderea administratorului, informarea incompletă a adunării generale, prezentarea ajustată a situației financiare sau interesul personal al acționarului majoritar de a păstra un anumit administrator în funcție, în general în situația unei administrări de fapt a acționarului majoritar. Din aceste considerente, dreptul de a promova o acțiune individuală, conferit de lege acționarilor minoritari, reprezintă un remediu pentru deblocarea acestor inconveniente practice.

301. Răspunderea administratorului, indiferent de forma răspunderii (contractuală, delictuală) sau dacă este individuală sau solidară, este o răspundere integrală, adică o răspundere menită să acopere atât *damnum emergens*, cât și *lucrum cessans*³⁵. Aplicarea principiului reparației integrale a prejudiciului reprezintă în jurisprudența actuală un obstacol, deoarece stabilirea cu precizie a prejudiciului este dificilă în practică. În plus, asumarea riscurilor de afaceri este descurajată în lipsa clauzelor statutare de limitare a răspunderii, cuantumul ridicat al reparațiilor fiind acoperit de către administrator sau de către asigurător.

În urma diferențelor identificate între standardul de conduită al administratorului SRL și cel al SA, apreciem că o clarificare viitoare a regimului juridic al răspunderii administratorilor SRL ar fi dezirabilă. În vreme ce regimul juridic al răspunderii este uniform, standardul de conduită al administratorului SA este mai înalt și mai rigid decât cel al administratorului SRL.

³⁴ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, p. 51 și urm.

³⁵ Într-o cauză, pârâta a fost obligată la plata despăgubirilor și a dobânzilor bancare aferente pentru daunele cauzate societății prin comerțul concurent prestat în defavoarea societății pe care o administra și în favoarea altei societăți înființată de soțul ei. Î.C.C.J., sect. com., Decizia nr. 307/17.06.2003, în Revista de Drept Comercial nr. 11/2004, pp. 225-229.

În ceea ce privește pierderea onorabilității de către societate, respectiv pătarea imaginii acesteia pe piață datorită faptelor imorale sau nelegale săvârșite de administrator, apreciem că societatea va putea solicita angajarea răspunderii administratorului pentru daunele produse. Angajarea răspunderii penale a administratorului pentru fapte săvârșite prin intermediul sau cu ocazia exercitării funcției poate avea ca efect scăderea credibilității societății, așadar și riscul pierderii clienților, a investitorilor și a partenerilor contractuali. Condiția onorabilității nu este prevăzută expres de dreptul român, însă cazurile prevăzute de art. 73 ind. 1 LS coroborate cu infracțiunile prevăzute în art. 6 alin. 2 LS, care atrag sancțiunea decăderii din drepturi a persoanelor alese ca membri ai organelor de administrare, pot constitui un temei al răspunderii civile a administratorului. Deși nu am identificat nicio decizie de speță în practica noastră cu privire la acordarea de daune pentru pierderea onorabilității societății, apreciem că acestea pot fi solicitate și cuantificate în ceea ce privește pierderile suferite, cum ar fi scăderea prețului de piață ori beneficiul nerealizat, în cazul în care administratorul a fost condamnat definitiv pentru una din infracțiunile prevăzute de art. 6 alin. 2 LS, respectiv gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, ori infracțiunile prevăzute de LPPII, și cele prevăzute de Legea societăților.

302. Răspunderea indirectă a administratorului pentru fapta altei persoane este prevăzută pentru trei cazuri. În primul rând, art. 144 ind. 2 alin. 2 LS prevede răspunderea pentru faptele personalului subordonat. În al doilea rând, art. 144 ind. 2 alin. 4 prevede răspunderea pentru faptele administratorilor care i-au precedat în funcție. Apoi, în cazul societăților constituite prin subscripție publică, răspunderea primilor administratori se va angaja în solidar cu fondatorii pentru subscrierea integrală, vărsarea aporturilor, realitatea aporturilor în natură și veridicitatea publicațiilor de constituire, potrivit art. 31 LS.

2.1.1. Aspecte procedurale

303. În jurisprudență s-a menționat că acțiunea în răspunderea administratorilor pentru culpă derivând din îndeplinirea mandatului ce li s-

a încredințat este o acțiune socială, astfel încât acționarii care au încredințat mandatul sunt singurii în măsură să aprecieze dacă activitatea mandatarilor a daunat societății³⁶. Ne alăturăm acestei justificări, cu nuanțarea că acționarii vor decide asupra oportunității introducerii acțiunii în răspunderea mandatarilor, respectiv vor aprecia dacă aceștia au încălcat încrederea oferită, urmând ca prejudiciul cert și substanțial să fie stabilit în concret de instanță. Calitatea procesuală activă pentru promovarea acțiunii în răspunderea administratorilor pentru încălcarea obligațiilor fiduciare aparține societății, prin AGOA, și nu poate fi decisă de AGA unei alte persoane juridice care este acționar³⁷. Textul legal reflectă că prejudiciul aparține societății, iar aceasta este și titulara acțiunii în răspundere.

Hotărârea AGA de promovare a acțiunii în răspunderea membrilor organelor de conducere, fără a desemna un mandatar special împuternicit cu efectuarea demersului judiciar pentru punerea în aplicare a acestei hotărâri, nu implică faptul că mandatul general de administrator include și acest mandat special. În același timp se impune desemnarea persoanei împuternicite să exercite acțiunea în fața instanței³⁸, pentru asigurarea existenței unui reprezentant social în funcție. Acțiunea socială în răspunderea administratorilor și acțiunea individuală în despăgubiri promovată în contul societății sunt prevăzute de lege doar în secțiunea referitoare la SA, în vreme ce nu se prevede nicio altă procedură aplicabilă SRL. Ori aceeași lege specială exclude în mod expres prin dispozițiile art. 197 alin. 4 aplicarea regulilor administrării SA la SRL, așadar și a dispozițiilor referitoare la acțiunea în răspundere³⁹.

³⁶ Trib. Botoșani, Decizia nr. 93/19.01.2017. În practică, s-a apreciat că acționarii pot doar propune revocarea, însă „nu au calitatea de a formula acțiunea în revocarea administratorilor, acest drept aparținând în exclusivitate adunării generale”, a se vedea Trib. București, secț. com., Sentința nr. 672/19.05.2004. Pentru un exemplu al exercitării abuzive a acțiunii în răspunderea administratorilor, în care instanța a constatat reaua-credință a reclamanților, a se vedea Trib. Spec. Cluj, Decizia nr. 2239/09.11.2016.

³⁷ Trib. Com. Argeș, Decizia nr. 887/22.10.2015.

³⁸ Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 3726/05.11.2013, rezumat preluat din Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2014.

³⁹ Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 2591/18.09.2014, „Dispozițiile art. 144 ind. 2 din Legea nr. 31/1990 [...] nu pot fi aplicate de instanță unei societăți cu răspundere limitată, așa cum rezultă din cuprinsul art. 197 al legii”.

304. În cazul în care administratorul cauzează un prejudiciu societății administrate, răspunderea civilă față de societate va fi o răspundere directă. Acțiunea în răspunderea administratorilor SA prevăzută în art. 155 și art. 155 ind. 1 LS sunt privite de doctrină ca fiind aplicabile, în lipsa unor dispoziții contrare, și celorlalte tipuri de societăți, inclusiv SRL⁴⁰. Excepție fac prevederile referitoare la încetarea de drept a mandatului persoanelor împotriva cărora se introduc aceste acțiuni în răspundere, în aceste din urmă cazuri doctrina apreciază că adunarea generală ar trebui să hotărască revocarea mandatului administratorului în mod expres și distinct de hotărârea de a formula acțiunea în răspundere⁴¹.

Aceeași poziție este îmbrățișată în mod unitar de instanțe, respectiv aplicarea art. 155 LS la SRL, pentru umplerea lacunei legislative create prin excluderea expresă a aplicabilității dispozițiilor SA la SRL, cu adaptarea condițiilor de majoritate și de cvorum⁴².

Acțiunea în răspundere contra administratorilor, directorilor, a membrilor directoratului și consiliului de supraveghere pentru daune cauzate societății de aceștia prin încălcarea obligațiilor legale și fiduciare se va introduce în urma deciziei adunării generale, care va decide cu majoritatea prevăzută la art. 112 LS. Având în vedere cvorumul legal, introducerea sau renunțarea la acțiunea socială *ut universi* reprezintă adesea voința acționarilor majoritari.

În cazul în care aspectele cu privire la răspunderea administratorilor sunt relevate în ședința în care adunarea generală decide cu privire la situația financiară anuală, aceasta poate lua hotărârea cu privire la răspunderea administratorilor, a directorilor, a membrilor directoratului și consiliului de supraveghere, chiar dacă această chestiune nu figurează pe ordinea de zi. Aceasta reprezintă o derogare de la prevederile art. 117 alin. 6 LS, potrivit cărora adunarea generală nu va putea decide asupra unor aspecte care nu figurează pe ordinea de zi și reflectă și dispozițiile normei generale

⁴⁰ A se vedea Catană, R. N., *op. cit. supra* 1065, p. 376, Leaua, C., *op. cit. supra* 1066, p. 300, și Cărpenu, S. D., David, S., Predoiu, C., Piperea, Gh.: *Societăți comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*, Ed. All Beck, București, 2001, pp. 515-517.

⁴¹ A se vedea Todici, C., *art. precitat supra* 1052, p. 16.

⁴² Tec, L. M.: *Examenul jurisprudenței în materia reprezentării societății și răspunderii civile a administratorilor față de societate*, RRDA nr. 4/2016, p. 31.

prevăzute la art. 220 alin. 2 Cod Civil. Justificarea este aceea că, în general, administratorii sunt cei care întocmesc ordinea de zi, și în mod evident, nu ar include voluntar angajarea răspunderii lor printre punctele supuse votului adunării generale.

Totodată, adunarea generală va desemna prin aceeași hotărâre și cu aceeași majoritate persoana însărcinată să exercite acțiunea în justiție, deoarece mandatul persoanelor împuternicite să reprezinte societatea încetează de drept la data adoptării hotărârii de angajare a răspunderii administratorilor. Desemnarea persoanei care va exercita acțiunea în răspundere reprezintă un mandat special acordat strict pentru îndeplinirea acestei activități, iar acest mandatar poate fi atât un acționar, cât și un terț, în lipsa unei dispoziții exprese. În cazul în care acțiunea în răspundere este formulată contra unui administrator, un alt administrator menținut în funcție poate fi desemnat pentru exercitarea acțiunii. Dacă acțiunea în răspundere este exercitată contra unui administrator care nu are și calitatea de reprezentant legal al societății, în general, reprezentantul legal în funcție devine responsabil cu promovarea acțiunii⁴³.

Prin derogare de la regula votului deschis, AGOA va lua hotărârea de angajare a răspunderii administratorilor prin vot secret, potrivit dispozițiilor art. 130 alin. 2 LS. Apreciem corectă analogia doctrinei cu privire la aplicabilitatea votului secret și în ceea ce privește angajarea răspunderii directorilor⁴⁴. În cazul în care acționarii au și calitatea de membri ai consiliului de administrație, directoratului sau consiliului de supraveghere, aceștia nu vor putea vota potrivit art. 126 LS „descărcarea gestiunii lor sau o problemă în care persoana sau administrația lor ar fi în discuție”. Legiuitorul elimină astfel influența acționarilor și riscul unui conflict de interese.

305. Potrivit art. 155 alin. 4 LS, mandatul administratorilor și al membrilor directoratului încetează de drept la data hotărârii de angajare a răspunderii luate cu majoritatea și cvorumul aplicabile AGOA, iar adunarea

⁴³ Cucu, C., Gavriș, M. V., Bădoiu, C., Haraga, C.: *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Repere bibliografice. Practică judiciară. Decizii ale Curții Constituționale*, Ed. Hamangiu, București, 2007, pp. 377-379.

⁴⁴ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, p. 82.

generală, respectiv consiliul de supraveghere, va proceda la înlocuirea lor. În cazul membrilor consiliului de supraveghere, încetarea mandatului este condiționată de luarea hotărârii de promovare a acțiunii în răspundere a acestora cu majoritatea prevăzută la art. 115 alin. 1 LS coroborat cu art. 112 LS, respectiv majoritatea și cvorumul aplicabil AGEA, urmând ca adunarea generală să procedeze la înlocuirea lor.

În cazul directorilor, mandatul nu încetează de drept, ci ca efect al hotărârii promovării acțiunii în răspundere împotriva lor, art. 155 alin. 5 LS prevede că aceștia vor fi suspendați din funcție până la data rămânării definitive a hotărârii judecătorești. Același efect al suspendării este menționat și în cuprinsul art. 220 alin. 5 Cod Civil, care se referă la acei directori „angajați în baza unui alt contract decât contractul individual de muncă”. Potrivit art. 155 alin. 7 LS, acțiunea în răspunderea membrilor directoratului poate fi exercitată și de către consiliul de supraveghere, în urma unei decizii a consiliului însuși. Dacă decizia este luată cu o majoritate de două treimi din numărul total de membri ai consiliului de supraveghere, mandatul membrilor directoratului încetează de drept, consiliul de supraveghere procedând la înlocuirea lor.

Hotărârea referitoare la exercitarea acțiunii în răspunderea administratorilor, directorilor, membrilor directoratului și consiliului de supraveghere va fi luată așadar de AGOA, cu majoritatea și cvorumul prevăzute de art. 112 alin. 1 LS, respectiv cu prezența acționarilor care dețin cel puțin o pătrime din numărul total de drepturi de vot și hotărârea se va lua cu majoritatea voturilor exprimate. În cazul în care aceste cerințe nu sunt îndeplinite, art. 112 alin. 2 prevede că la a doua convocare, adunarea va delibera asupra punctelor de pe ordinea de zi a primei adunări, și va decide cu majoritatea voturilor exprimate, indiferent de cvorumul întrunit. Pentru adunarea generală întrunită la prima convocare, actul constitutiv poate prevedea un cvorum minim sau o majoritate mai ridicată, însă nu și pentru a doua convocare.

În cazul membrilor consiliului de supraveghere, am arătat că încetarea mandatului este condiționată de luarea hotărârii de promovare a acțiunii în răspundere a acestora cu majoritatea și cvorumul aplicabil AGEA. Astfel, acțiunea în răspundere poate fi decisă de aceeași adunare generală

ordinară, însă ceea ce diferă este majoritatea prevăzută. La prima convocare a adunării se impune prezența acționarilor reprezentând cel puțin o pătrime din numărul drepturilor de vot, iar la următoarele convocări, prezența acționarilor reprezentând cel puțin o cincime din numărul total de drepturi de vot, caz în care hotărârea se va lua cu majoritatea voturilor prezente.

306. Acțiunea *ut singuli* este prevăzută de art. 155 ind. 1 LS și este conferită acționarilor minoritari pentru cazurile în care adunarea generală nu introduce acțiunea în răspundere prevăzută la art. 155 LS și nici nu dă curs propunerii unor acționari de a iniția o asemenea acțiune, având astfel un caracter subsidiar și fiind condiționată de pasivitatea adunării generale. Acționarii reprezentând, individual sau împreună cel puțin 5% din capitalul social, au dreptul de a introduce o acțiune în despăgubiri în nume propriu, dar în contul societății, împotriva oricărei persoane prevăzute la art. 155 alin. 1 LS.

Legitimitatea procesuală activă a acționarilor minoritari presupune faptul că aceștia au dreptul să exercite acțiunea de recuperare a prejudiciului în numele societății, iar calitatea procesuală activă, care presupune dreptul de a formula o anumită acțiune în justiție, nu se confundă întotdeauna cu calitatea de titular al dreptului material⁴⁵. Calitatea procesuală activă a acționarilor minoritari este condiționată de deținerea acestei calități la data la care a fost dezbătută în cadrul adunării generale problema introducerii acțiunii în răspundere. Acești reclamanți vor suporta și cheltuielile de judecată aferente, potrivit art. 155 alin. 3 LS.

Deși acțiunea *ut singuli* se introduce în nume personal de către acționarii minoritari, în subsidiar, în urma refuzului adunării generale de a promova acțiunea socială, efectele hotărârii judecătorești, respectiv despăgubirile obținute, se vor răsfrânge asupra societății, acțiunea fiind introdusă „în contul societății”. Indiferent de titularul acțiunii, atât acțiunea prevăzută de art. 155, cât și acțiunea prevăzută de art. 155 ind. 1 LS va beneficia societății, și nu asociaților/acționarilor reclamanți. Această interpretare este în consens cu prevederile de drept comun, care atribuie calitatea procesuală activă societății prejudiciate, deoarece potrivit art. 220

⁴⁵ Î.C.C.J., sect. com., Decizia nr. 2846/29.06.2010, comentată de Bodu, S. V., *op. cit. supra* 1079, (Comentariu la art. 144 ind.1 din Legea societăților).

alin. 3 Cod Civil, acțiunea se introduce întotdeauna în numele persoanei juridice.

Spre deosebire de acțiunea *ut universi*, acțiunea promovată de acționarii minoritari nu are ca efect încetarea de drept a mandatului administratorilor, membrilor directoratului și a membrilor consiliului supraveghere la data adoptării hotărârii de angajare a răspunderii. Potrivit art. 155 ind. 1 alin. 4 LS, AGA, respectiv consiliul de supraveghere, va putea decide încetarea mandatului persoanelor amintite și înlocuirea acestora doar după rămânerea definitivă a hotărârii de admitere a acțiunii.

307. Acțiunea *ut universi* și acțiunea *ut singuli* se supun termenului general de prescripție de 3 ani care curge de la momentul în care societatea a luat cunoștință de existența prejudiciului. S-a menționat în doctrină că ambele acțiuni pot avea temeuri contractuale ori delictuale în funcție de obligația a cărei neîndeplinire este dedusă judecății. Îmbrățișăm opinia potrivit căreia, în baza raporturilor de mandat dintre societate, adică beneficiarul oricăreia dintre acțiunile introduse conform art. 155 sau 155 ind. 1 LS și administrator, soluția oportună ar fi aplicarea regulilor referitoare la răspunderea contractuală în cazul încălcării obligațiilor care rezultă din contract și a răspunderii delictuale pentru încălcarea unei obligații legale. Potrivit dispozițiilor art. 155 alin. 3 LS, aprobarea situațiilor financiare nu reprezintă o ratificare a tuturor operațiunilor administratorului, astfel încât societatea nu este decăzută din dreptul de a formula acțiunea în răspundere, dacă ulterior aprobării situațiilor financiare se descoperă o fraudă sau o greșeală de gestiune.

Aceste prevederi legale sunt aplicabile răspunderii civile directe a administratorului și răspunderii în regres, în situațiile în care societatea a despăgubit deja un terț prejudiciat prin fapta culpabilă a administratorului.

308. Obiectivul acțiunii în răspunderea membrilor organelor de administrație nu se rezumă la sancționarea acestora, ci privește și repararea prejudiciului prin recuperarea integrală a pierderii cauzate de fapta culpabilă. Din această perspectivă, introducerea acțiunii în răspunderea administratorilor reprezintă nu doar un drept al societății, ci și o obligație a adunării generale a acționarilor de a lua măsurile necesare pentru angajarea răspunderii persoanelor care au cauzat societății un prejudiciu⁴⁶. Apreciem

⁴⁶ A se vedea Todică, C., *art. precitat supra* 1052, p. 16.

astfel că, datorită efectelor punitive și reparatorii ale acțiunii în răspundere, luarea acestei măsuri se impune cu prioritate față de măsura revocării *ad nutum* a administratorilor, a membrilor directoratului și consiliului de supraveghere, ori demiterea directorilor, care este o măsură cu caracter strict punitiv. Calificarea introducerii acțiunii în răspundere ca pe o obligație a adunării generale este reflectată și de lege. În vreme ce în cazul SA, AGOA este obligată potrivit art. 111 alin. 2 „să se pronunțe asupra gestiunii consiliului de administrare, respectiv a directoratului”, în cazul SRL, art. 194 alin. 1 lit. c LS prevede în sarcina adunării generale a asociaților și obligația de a decide „urmărirea administratorilor [...] pentru daunele pricinuite societății, desemnând și persoana însărcinată să o exercite”.

2.1.2. Remedii și sancțiuni

309. Legea delimitează răspunderea civilă a administratorului societar de răspunderea civilă a persoanei juridice. Prevederile art. 209 Cod Civil conferă persoanei juridice drepturi și obligații distincte exercitate prin organele sale de administrare în numele și pe seama persoanei juridice. Societatea este un subiect de drept distinct care se supune dispozițiilor referitoare la răspunderea civilă contractuală și delictuală a persoanei juridice din dreptul comun, respectiv art. 218 și art. 219 Cod Civil⁴⁷.

Am menționat că administratorii răspund față de societate pentru neîndeplinirea obligațiilor izvorâte din contractul de mandat potrivit regulilor specifice răspunderii civile contractuale și pentru nerespectarea obligațiilor legale prevăzute de Legea societăților potrivit regulilor specifice delictelor civile, a răspunderii civile delictuale⁴⁸. Totuși, fundamentul contractual și recurgerea la obligațiile inerente contractului de mandat, respectiv obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate, se pierd în prezent prin reglementarea acestor obligații fiduciare într-o manieră imperativă. Pe de altă parte, se pune problema naturii răspunderii civile în cazurile în care obligația legală este prevăzută și de contractul de administrare. O parte a doctrinei oferă ca soluție a acestui concurs de răspundere dreptul de opțiune al societății și al asociaților „între temeiul

⁴⁷ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, pp. 20-21.

⁴⁸ A se vedea Cărpănuș, S. D., *op. cit. supra* 1049, p. 226.

contractual și cel delictual al răspunderii administratorilor pentru pagubele cauzate societății”⁴⁹. Ne alăturăm însă opiniei potrivit căreia, obligația prevăzută contractual și asumată convențional de către părți se va supune răspunderii civile contractuale, în ciuda faptului că fundamentul obligației este unul legal. Justificarea este aceea că, în practica guvernanței corporative, părțile reiau adesea obligațiile legale în cuprinsul contractului de administrare, pe care le vor detalia și adapta conform propriilor necesități, limitând sau agravând răspunderea în cazul normelor supletive⁵⁰.

Obiectul acțiunii în răspunderea membrilor organelor de administrație este în principiu repararea prejudiciului cauzat societății prin fapta culpabilă. Acțiunea *ut universi* prevăzută de art. 155 LS este o acțiune în răspundere, astfel încât este posibilă solicitarea reparării prejudiciului în natură ori prin echivalent. În schimb, obiectivul acțiunii *ut singuli*, prevăzută de art. 155 ind. 1 LS, este obținerea unor despăgubiri, ceea ce înseamnă că obiectul acestei acțiuni este mai limitat decât obiectul acțiunii în răspundere prevăzută la art. 155 LS.

Eficiența acțiunii în răspunderea administratorilor a fost îndelung dezbătută în doctrina română, cu precădere în ceea ce privește reglementarea acțiunii și instituția răspunderii⁵¹. În primul rând, se menționează dezavantajul în ceea ce privește acțiunea *ut singuli*, deoarece cheltuielile de judecată vor fi suportate de acționarii minoritari, în vreme ce beneficiile vor reveni societății în contul căreia se promovează acțiunea. În al doilea rând, acțiunea în răspundere prevăzută la art. 155 LS este, în definitiv, o prerogativă a acționariatului majoritar. În al treilea rând, având în vedere mecanismul revocării *ad nutum* la dispoziția organului deliberativ, acțiunea în răspundere pare doar o altă opțiune de sancționare. Totuși, după cum am demonstrat anterior, acțiunea în răspunderea administratorilor are atât efecte punitive, cât și reparatorii, ceea ce îi conferă o prioritate incontestabilă

⁴⁹ Pașca, V.: *Unele considerații teoretice și aspecte practice privind răspunderea membrilor organelor de conducere ale societății comerciale supuse procedurilor reglementate de Legea nr. 64/1995*, Revista de Drept Comercial nr. 2/2004, pp. 26-27.

⁵⁰ Stătescu, C., Bîrsan, C.: *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Educational, București, 1998, pp. 132-134 și Todică, C., *op. cit. supra* 1054, p. 29.

⁵¹ Catană, R. N.: *Dreptul Societăților Comerciale, Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, pp. 162-164.

față de măsura revocării *ad nutum* care are caracter strict punitiv. În urma studiului de jurisprudență efectuat, am arătat că după anul 2010, jurisprudența cu privire la încălcarea obligațiilor fiduciare a început să fie mai bogată și dovedește astfel eficiența prevederilor art. 144 ind. 1 LS.

310. Reglementarea *de lege lata* a obligațiilor fiduciare facilitează dovedirea culpei administratorilor care au prejudiciat societatea. Acest aspect este valabil cu atât mai mult în cazul încălcării obligației de loialitate, care este mult mai facil de demonstrat, fiind o obligație de rezultat și o obligație negativă. Apreciem că introducerea mai frecventă a unor acțiuni în răspunderea administratorilor poate fi privită ca reflectând eficiența prevederilor legale și încurajând promovarea acțiunii în justiție. Complexitatea instituției răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare se datorează naturii eterogene și imprecise a interesului superior al societății, pe care administratorul trebuie să îl vegheze și să îl avanseze în orice moment. Observăm astfel că, în ceea ce privește angajarea răspunderii administratorilor societăților *in bonis*, acțiunea poate fi demarată nu doar în cazul comiterii unui act fraudulos sau contrar interesului social, ci și pentru acte neglijente care se reflectă în greșeli de gestiune.

Constatăm în reglementarea *de lege lata* enumerarea unui număr mare de obligații în sarcina administrației societății, însă lipsa sancțiunilor corelative. Chiar și în jurisprudență se menționează natura punitivă a acțiunii în răspundere. În cazul în care administratorul „își execută necorespunzător mandatul încredințat, sancțiunea pentru exercitarea mandatului este una specifică, prevăzută de legea specială, respectiv acțiunea în răspundere pentru daune cauzate societății, acțiune care, în considerarea dispozițiilor art. 72 din Legea nr. 31/1990, vine ca o completare firească la prevederile art. 381 C. Com. [*s.n. abrogat*]. Așadar, executarea necorespunzătoare a mandatului constituie motiv de desocotire între mandant și mandatar”⁵².

311. În ceea ce privește criteriul sancțiunii aplicabile, distingem între răspunderea civilă patrimonială a administratorului societar și răspunderea

⁵² Î.C.C.J., sect. II civ., Decizia nr. 1843/8.11.2016, comentată de Buda, M.: *Administratorul societății. Mandat. Sancțiune specifică. Acțiunea în răspundere pentru daune cauzate societății*, Revista Română de Jurisprudență nr. 5/2017.

nepatrimonială. Răspunderea patrimonială are ca obiect repararea prejudiciului cauzat și poate fi delictuală sau contractuală, în funcție de izvorul obligației încălcate. Obligația de despăgubire este principala expresie a răspunderii patrimoniale, dar legislația specială menționează și daune cominatorii și amenzi civile⁵³ ca sancțiuni pentru încălcarea obligațiilor legale. Vom alege să ne concentrăm asupra sancțiunilor aplicabile în cazul încălcării obligațiilor fiduciare.

Spre deosebire de caracterul reparator de esență a răspunderii patrimoniale, răspunderea nepatrimonială are un caracter sancționator și un puternic caracter legal, sancțiunile aplicabile fiind cele prevăzute de lege⁵⁴. În primul rând, legea prevede revocarea discreționară a administratorilor, o măsură cu puternic caracter sancționator pentru greșeli de gestiune, încălcarea unor obligații legale, precum obligația de neconcurență, pentru incompetență sau încălcarea altor îndatoriri. În al doilea rând, ca efect al introducerii acțiunii în răspundere prevăzută de art. 155 LS, am arătat că mandatul administratorilor și al membrilor directoratului încetează de drept la data adoptării hotărârii AGA de promovare a acțiunii, iar mandatul directorilor este suspendat de drept. În al treilea rând, în cazul SRL, administratorul asociat poate fi exclus potrivit art. 222 alin. 1 lit. d LS pentru „fraudă în dauna societății sau [*s.n. dacă*] se servește de semnătura socială sau de capitalul social în folosul lui sau al altora”.

Cumularea răspunderii patrimoniale cu răspunderea nepatrimonială a administratorului nu este doar permisă, ci și comună în practică. Răspunderea civilă delictuală sau contractuală se va angaja în funcție de obligația încălcată și în cuantumul prejudiciului cauzat. Aceasta poate fi cumulată cu sancțiunea revocării. Uneori, cumulul celor două tipuri de răspundere rezultă chiar din dispozițiile legii. Astfel, în cazul SRL, încălcarea obligației de neconcurență prevăzută de lege în art. 197 alin. 2 LS prin omisiunea obținerii autorizării adunării generale pentru primirea mandatului de administrator în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate, ori pentru efectuarea aceluiași fel de comerț ori altul concurent pe cont propriu sau pe contul altei persoane fizice sau juridice, se

⁵³ Art. 48 din Legea nr. 31/1990 și art. 44 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului.

⁵⁴ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, p. 24.

va face „sub sancțiunea revocării și răspunderii pentru daune”. Aceeași dualitate a răspunderii este prevăzută de art. 153 ind. 15 LS în cazul directorilor SA administrată în sistem unitar și a membrilor directoratului SA administrată în sistem dualist.

O altă sancțiune nepatrimonială este prevăzută de art. 73 ind. 1 LS în cazul încălcării dispozițiilor art. 6 alin. 2 LS de către persoanele care nu pot fi fondatori ai unei societăți, iar dacă aceștia sunt aleși în funcții de administratori, directori, membri ai consiliului de supraveghere și ai directoratului, cenzori sau auditori financiari, vor fi decăzuți din drepturi.

Sediul materiei obligației la despăgubiri rezultate din neexecutarea contractuală este art. 1530 Cod Civil, care instituie dreptul la daune-interese al creditorului „pentru repararea prejudiciului pe care debitorul i l-a cauzat și care este consecința directă și necesară a neexecutării fără justificare sau, după caz, culpabile a obligației”. Temeiul reparației în baza răspunderii delictuale este art. 1357 alin. 1 Cod Civil, care prevede că „cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită cu vinovăție, este obligat să îl repare”.

312. Dreptul subiectiv al societății de a pretinde acoperirea prejudiciului cauzat de administrator se naște în urma îndeplinirii condițiilor răspunderii civile delictuale sau contractuale. În ceea ce privește răspunderea civilă delictuală, reclamantii vor trebui să dovedească existența faptei ilicite, cauzarea unui prejudiciu, raportul de cauzalitate dintre acestea și vinovăția administratorului. În ceea ce privește răspunderea civilă contractuală, condițiile angajării acesteia sunt neexecutarea obligației contractuale care a produs un prejudiciu, raportul de cauzalitate între neexecutare și prejudiciu și vinovăția debitorului obligației de executat. Una din diferențele fundamentale dintre aceste două regimuri de răspundere este proba vinovăției, care este prezumată în materie contractuală prin simplul fapt al neexecutării obligației, însă culpa trebuie dovedită în materie delictuală⁵⁵.

Pentru a se putea solicita repararea prejudiciului, acesta trebuie să fie cert, direct, personal și să rezulte din încălcarea sau atingerea unui drept ori a unui interes legitim. Dacă se constată că prejudiciul există, se va analiza

⁵⁵ A se vedea Popa, I. F., *art. precitat supra* 1051, pp. 150-151.

întinderea lui. Întinderea reparației este mai mare în cazul angajării răspunderii delictuale față de răspunderea contractuală, deoarece acoperă atât prejudiciul previzibil, cât și prejudiciul imprevizibil⁵⁶. Răspunderea contractuală se poate angaja doar pentru acoperirea prejudiciului previzibil și, spre deosebire de răspunderea civilă delictuală, acoperă rareori repararea prejudiciului moral, fiind din aceste considerente preferată de administratorii pârâți. Indiferent de forma răspunderii administratorului, aceasta va fi o răspundere integrală, menită să acopere atât *damnum emergens*, cât și *lucrum cessans* și nu se limitează la prejudiciul efectiv suferit de societate sau de terț⁵⁷.

313. Sancțiunea specifică răspunderii nepatrimoniale a administratorului este revocarea. Numirea și revocarea administratorilor de către asociați/acționari reprezintă o putere legală conferită acestora, independentă de contractul de mandat, fiind cea mai importantă pârghie a lor de a controla administratorii. Revocarea mandatului de administrator prevăzută de art. 1914 Cod Civil, referitor la contractul de societate, trimite la prevederile referitoare la mandat. Principiul revocării *ad nutum* a mandatului este nuanțat de art. 2031 Cod Civil, care prevede că revocarea poate avea loc „oricând [...] și chiar dacă a fost declarat irevocabil”. Prin urmare, dacă încrederea dispare din raporturile juridice care izvorăsc din contractul de mandat, a cărui trăsătură esențială este caracterul *intuitu personae*, revocarea își păstrează caracterul discreționar⁵⁸. Revocarea discreționară a administratorilor este prevăzută și de Legea societăților, atât în ceea ce privește revocarea administratorilor SRL, cât și a președintelui consiliului de administrație și a membrilor directoratului la SA.

Caracterul revocabil este de esență mandatului, se va produce *ad nutum*, mandantul având un drept de revocare aproape discreționar, care nu

⁵⁶ A se vedea Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I., *op. cit. supra* 1050, pp. 308, 415-422.

⁵⁷ Trib. Ilfov, Decizia nr. 712/16.03.2016.

⁵⁸ „Funcția de administrator se exercită după regulile mandatului, având un caracter *intuitu personae*, esențialmente revocabil [...] Altfel spus, mandatul are în vedere în principal interesul mandantului și nu mai subzistă, dacă încrederea acordată mandatarului a dispărut, prin urmare, revocarea administratorilor poate interveni oricând”. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 952/07.03.2008, în Pandectele Române nr. 2/2009, pp. 209-211.

este condiționat de vreo culpă a administratorului⁵⁹, numirea și revocarea mandatarilor fiind expresia actului de voință a celor care dețin capitalul încredințat. Astfel, potrivit art. 132 alin. 4 LS, membrii consiliului de administrație și membrii consiliului de supraveghere nu pot ataca hotărârea adunării generale privitoare la revocarea lor din funcție, prevedere extinsă prin art. 143 ind. 1 alin. 4 LS și în cazul directorilor. În cazul în care revocarea survine fără justă cauză, „directorul în cauză este îndreptățit la plata unor daune-interese”, administratorul-reclamant având sarcina probării prejudiciului. Având în vedere că legea nu definește cauza justă a revocării mandatului, pentru stabilirea daunelor-interese la care este îndreptățit mandatarul revocat se vor lua în considerare circumstanțe precum clauzele contractului său de administrare, aprecierea culpei în desfășurarea administrării, lipsa performanțelor, cunoștințe sau pregătire insuficientă, lipsa abilităților manageriale sau incompetență⁶⁰, respectiv aspectele pe care le-am menționat deja ca elemente circumstanțiale de determinare a îndeplinirii obligației de diligență și prudență.

Din această perspectivă, doctrina a apreciat că revocarea mandatului înainte de expirarea duratei sale reprezintă o sancțiune nepatrimonială, această natură juridică fiind cu atât mai pronunțată în cazul adoptării măsurii revocării cumulat cu promovarea acțiunii în răspundere a administratorului potrivit art. 155 LS pentru recuperarea prejudiciului cauzat societății prin neîndeplinirea atribuțiilor sale. Hotărârea de revocare își produce efectele din momentul adoptării ei în raporturile dintre administrator și societate, iar față de terți, din momentul publicării hotărârii în Monitorul Oficial și înregistrarea la ORC⁶¹. Am arătat anterior că măsura

⁵⁹ C.S.J., secț. com., Decizia nr. 2564/2002, în RRDA nr. 2/2003, p. 119.

⁶⁰ Vlad, A. M.: *Monitorul Fuziunilor & Achizițiilor (M&A)*, RRDA nr. 6/2017. Î.C.C.J., sect. II. civ., Decizia nr. 3963/11.12.2014, rezumat preluat din Revista Română de Jurisprudență nr. 5/2015; Trib. Ilfov, Decizia nr. 712/16.03.2016. Actul constitutiv poate prevedea că revocarea membrilor directoratului se poate face prin hotărârea adunării generale ordinare a acționarilor. De regulă, revocarea membrilor directoratului se realizează tot de către consiliul de supraveghere, potrivit principiului simetriei, art. 132 din Legea nr. 31/1990, a se vedea Trib. București, secț. VI civ., Decizia nr. 1455/09.03.2016, pronunțată în dosar nr. 29783/3/2015

⁶¹ C. Ap. București, secț. V. com., Decizia nr. 1303/2002, în Culegere Curtea de Apel București. Practică judiciară comercială, Ed. Brillance, București, 2004, p. 130.

revocării, luată prin vot deschis, este nelegală, chiar dacă măsura subsecventă a numirii noilor administratori a fost adoptată prin vot secret⁶². Revocarea nu poate fi considerată o măsură vremelnică și astfel, nu poate fi dispusă prin Ordonanță Președințială⁶³. Legea nu reglementează în mod expres problematica suspendării din funcție a administratorului. Având în vedere că adunarea generală dispune asupra numirii și revocării acestor persoane, pentru identitate de rațiune, ne alăturăm opiniei care susține că numai adunarea generală este în măsură să ia această decizie⁶⁴, iar instanța nu se poate substitui acestei voințe.

Apreciem astfel că, spre deosebire de caracterul reparator care este de esență răspunderii patrimoniale, răspunderea nepatrimonială exprimată prin mecanismul revocării are un caracter sancționator, fiind o limită improprie a răspunderii civile a administratorului, însă nu exclude și recuperarea ulterioară a prejudiciilor cauzate prin actele și faptele de gestiune.

314. Daunele-interese în jurisdicțiile de *common law* nu sunt foarte diferite față de sistemul de drept civil, cel puțin din punct de vedere funcțional. Cel mai aparte element observat este specific jurisprudenței britanice, care aplică în general sancțiunea daunelor pentru profitul nerealizat și de care a fost lipsită societatea, în cazul exploatării unei oportunități de afaceri de către administrator⁶⁵. Remediile oferite în dreptul britanic sunt *equitable compensation* sau *common law damages*. Prima sancțiune, plata daunelor, reprezintă un remediu pecuniar care are ca scop compensarea reclamantului pentru prejudiciul suferit. A doua alternativă,

⁶² C. Ap. București, secț. com., Decizia nr. 1803/2000.

⁶³ C.S.J, secț. com., Decizia nr. 59/1996, în Revista de Drept Comercial nr. 9/1996.

⁶⁴ A se vedea Todica, C., *op. cit. supra* 1054, p. 60. În același sens s-a pronunțat și C. Ap. București, menționând că „din moment ce numirea și revocarea se realizează prin actul constitutiv sau de către adunarea generală, și suspendarea din funcție este de competența exclusivă a adunării generale [...] cererea formulată de un acționar privind suspendarea din funcție a administratorului este inadmisibilă, întrucât solicită instanței luarea unei măsuri care este atributul exclusiv al adunării generale” (C.Ap. București, secț. V. com., Decizia nr. 1184/15.10.2002, în Culegere Curtea de Apel București. Practică judiciară comercială, Ed. Brillance, București, 2004, p. 306).

⁶⁵ Corrad, M. C.: *Securing corporate opportunities in Europe – comparative notes on monetary remedies and on the potential evolution of the remedial system*, Journal of Corporate Law Studies vol. 18, nr. 2/2018, p. 438.

daunele specifice *common law*, se împart în daune compensatorii și daune punitive (un amalgam între daunele moratorii și amenda civilă, dar achitată debitorului), iar reclamantul va opta de obicei pentru una din cele două remedii în funcție de circumstanțele cauzei, de obligația încălcată, de izvorul acesteia, etc. Aceeași viziune a acordării daunelor pentru profitul nerealizat, sau *lucrum cessans*, a fost exprimată de jurisprudența germană⁶⁶. În majoritatea cazurilor de încălcare a obligației de neconcurență, practica germană preferă soluția mai simplă de aplicare a *Eintrittsrecht*⁶⁷. Acesta este un remediu *ad-hoc* aplicabil doar în cazul încălcării obligației de neconcurență și reprezintă o varietate a subrogației administratorului în poziția societății în ceea ce privește pierderile suferite prin exploatarea nepermisă a oportunității.

Codul Civil italian conține o regulă flexibilă a stabilirii în *echitate* a daunelor în cazul în care acestea nu pot fi cuantificate cu certitudine (*via equitativa*), aplicabilă în special în ceea ce privește pierderea șanselor societății al cărei administrator a exploatat o oportunitate de afaceri⁶⁸. Potrivit dreptului spaniol, în cazul exploatării nelegale a unei oportunități de afaceri care aparține societății, aceasta poate solicita și daune morale⁶⁹.

Un tip particular de sancțiune, alternativă la sancțiunile penale sau contravenționale, și care este încărcată de aceeași funcție economică și preventivă, este reprezentat de daunele materiale punitive, care împrumută elemente atât din dreptul penal cât și din *tort law*-ul britanic⁷⁰. Această sancțiune nu a fost receptată în majoritatea statelor europene. Cel mai important impediment este incompatibilitatea acestui remediu cu funcțiile compensatorii ale dreptului obligațiilor în sistemul de drept civil. În al doilea

⁶⁶ Schmidt, K., Lutter, M.: *Aktiengesetz Kommentar*, ediția a 3-a, Ed. Ottoschmidt, Köln, 2015 (Comentariu la art. 88 alin. 2 din Legea germană a societăților pe acțiuni).

⁶⁷ Zöllner, W.: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Ed. Carl Heymanns, Köln, 2010 (Comentariu la art. 88 alin. 7 din Legea germană a societăților pe acțiuni).

⁶⁸ Art. 1226 Cod Civil italian. A se vedea Ventoruzzo, M.: *Commento all'Articolo 2391 del Codice Civile*, în vol. Marchetti, P.: *Commentario alla Riforma delle Società*, Ed. Giuffrè, Milano, 2006, pp. 490-495.

⁶⁹ Portellano-Diez, P., Deber, D.: *Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 137.

⁷⁰ McIvor, G.: *Reparative and Restorative Approaches*, în vol. Bottoms, A., Rex, S., Robinson, G.: *Alternatives to Prison*, Ed. Willan Publishing, Londra, 2004.

rând, separarea dogmatică între dreptul public și dreptul privat în dreptul continental conduce la ideea că daunele punitive ar fi specifice dreptului public, cu precădere dreptului penal, astfel încât nu pot fi solicitate pe calea unei acțiuni civile. În ciuda respingerii acestui tip de daune de către jurisdicțiile de drept civil, acest remediu a atras atenția Comisiei Europene, cel puțin în ceea ce privește dreptul concurenței⁷¹. Doctrina germană a manifestat o puternică opoziție față de recunoașterea acestui tip de daune-interese la momentul respingerii unei cereri de recunoaștere a unei hotărâri americane⁷². Deși Curtea de Casație franceză a reținut că aceste daune nu sunt în principiu contrare legii, ele pot fi uneori disproporționate față de prejudiciul suferit de victimă sau față de obligația contractuală încălcată⁷³. Cu toate că, față de sistemul american, acest remediu nu este un succes în Marea Britanie, aceasta este singura jurisdicție europeană unde daunele materiale punitive sunt acceptate ca sancțiune a încălcării obligațiilor fiduciare.

2.1.3. Particularitățile obligației de neconcurență

315. Obligația de neconcurență incumbă exclusiv administratorilor SA și SRL și nu este aplicabilă administratorilor celorlalte societăți de persoane. Potrivit art. 7 alin. 1 lit. e LS, administratorii societăților de persoane pot fi desemnați dintre neasociați. Potrivit dispozițiilor art. 82 alin. 1 și art. 90 LS însă, obligația de neconcurență se prevede doar în sarcina asociaților societății în nume colectiv și societății în comandită simplă. Așadar, doctrina apreciază că se va putea angaja răspunderea delictuală a

⁷¹ A se vedea Corrad, M. C., *art. precitat supra* 1112, pp. 441-442, Meurkens, R. C.: *Punitive Damages*, Ed. Wolters Kluwer International, 2014, p. 185 și *Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules Brussels*, 19.12.2005 COM (2005) 672 final; A se vedea și *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, Brussels, 2.4.2008 COM(2008) 165 final.

⁷² BGH, IX Zivilsenat, 04.06.1992, pronunțată în dosar nr. IX ZR 149/91, 1992. A se vedea Magnus, U.: *Punitive Damages in German Law*, în vol. Meurkens, L., Nordin, E.: *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Ed. Intersentia, Cambridge, 2012 și Behr, V.: *Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, Chi-Kent Law Review nr. 78/2014, p. 126.

⁷³ Cass. Civ., 01 decembrie 2010, Bulletin 2010, I, n° 248.

administratorului asociat al unei societății în nume colectiv sau al societății în comandită simplă, în vreme ce administratorul neasociat nu are aceeași obligație de neconcurență⁷⁴.

Am expus pe larg în capitolul III obligația de neconcurență impusă administratorilor SRL prin dispozițiile art. 197 alin. 2 LS. Prima observație care se impune este aceea că, din interpretarea legii, reiese clar faptul că legiuitorul nu impune o interdicție administratorilor, ci o măsură de protecție a societății, astfel încât societatea poate renunța la această măsură prin autorizarea din partea adunării generale. În al doilea rând, din textul legii reiese faptul că, la momentul numirii în funcție, asociații trebuie să fi avut cunoștință despre mandatul administratorului în altă societate ori despre comerțul concurent, iar în cazul apariției ulterioare a acestor oportunități concurente, autorizarea adunării asociaților trebuie să fie obținută înainte de exercitarea actelor concurente. Apreciem că nici în cazul SRL, o clauză statutară care să înlăture obligația de loialitate sau obligația de neconcurență, ca element al acesteia, nu ar fi valide, și nici nu ar reprezenta o cauză de înlăturare a răspunderii pentru încălcarea acestor obligații. Legea prevede o sancțiune patrimonială și una nepatrimonială, respectiv revocarea care poate fi cumulată cu răspunderea pentru daunele pricinuite societății. Măsura revocării poate fi dispusă independent de sancțiunea patrimonială.

În ceea ce privește obligația de neconcurență aplicabilă membrilor organelor de administrație SA, legea distinge în funcție de forma de administrare. Potrivit art. 153 ind. 16 alin. 1 LS, administratorii SA în sistem unitar și membrii consiliului de supraveghere din sistemul dualist pot exercita concomitent cel mult 5 mandate de administrator și/sau de membru al consiliului de supraveghere în SA al căror sediu se află pe teritoriul României, sub sancțiunea obligației de a demisiona din funcțiile de membru al consiliului de administrație/consiliului de supraveghere care depășesc numărul maxim de mandate, în termen de o lună de la data apariției situației de incompatibilitate. Sancțiunea nu este nulitatea deliberărilor și a deciziilor la care el a luat parte în exercitarea mandatului, ci restituirea beneficiilor încasate, o prevedere legală care protejează societatea, cât și terții de bună-credință, care nu cunoșteau depășirea numărului legal de mandate. Legea

⁷⁴ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, p. 164.

prevede și o sancțiune nepatrimonială, iar în cazul neîndeplinirii acestei obligații de a „demisiona”, administratorul va pierde de drept mandatul obținut prin depășirea numărului legal de mandate. Apreciem corectă opinia doctrinară care sugerează *de lege ferenda* modificarea textului legal în sensul că administratorul sau membrul consiliului de supraveghere nu va fi obligat să demisioneze, ci se impune renunțarea la mandat, deoarece acesta nu își exercită atribuțiile în baza unui contract de muncă⁷⁵.

În ceea ce privește obligația de neconcurență aplicabilă directorilor SA în sistem unitar și membrilor directoratului în sistemul dualist, aceștia ar trebui să solicite autorizarea consiliului de administrație, respectiv a consiliului de supraveghere, pentru a ocupa funcții de directori, administratori, membri ai directoratului ori ai consiliului de supraveghere, cenzori sau, după caz, auditori interni ori asociați cu răspundere nelimitată, în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate, ori pentru a exercita același comerț sau altul concurent. Observăm că, în cazul directorilor și al membrilor directoratului prevederea legală este mai strictă, atât în ceea ce privește obiectul obligației, cât și în privința pozițiilor concrete a căror ocupare determină o activitate concurentă. Sancțiunea încălcării acestei obligații este revocarea cumulată cu răspunderea pentru daune, iar contractul încheiat cu încălcarea obligației de neconcurență nu va fi anulat în lipsa unei dispoziții legale exprese⁷⁶.

Pentru încălcarea obligației de loialitate prin lipsa informării celorlalți administratori despre operațiunea în care este interesat sau participarea la deliberările privitoare la această operațiune, administratorul SA va răspunde potrivit art. 144 ind. 3 alin. 4 LS pentru daunele cauzate societății. Aceeași obligație incumbă și membrilor directoratului și ai consiliului de supraveghere și directorilor SA. Legea prevede în acest caz, în mod expres, angajarea răspunderii personale a administratorului, nu și nulitatea absolută a actului încheiat cu privire la operațiunea respectivă, nici nulitatea relativă a deciziei consiliului de administrație adoptată cu

⁷⁵ *Idem*, pp. 167-169.

⁷⁶ C.S.J., secț. com., Decizia nr. 3099/2003, „În cazul încheierii unui contract de prestări servicii în condițiile încălcării art. 145 alin. 5 din Legea nr. 31/1990 [s.n. *actualul art. 153 ind. 15 LS*], sancțiunea o constituie revocarea și răspunderea pentru daune a persoanelor vinovate și nu nulitatea contractului”.

participarea administratorului. Așadar, administratorul va răspunde doar în cazul și în limita producerii unor prejudicii în dauna societății, doctrina considerând că justificarea acestei sancțiuni este circumscrierea posibilităților de contestare a deciziilor organelor deliberative doar la motive de legalitate, nu și motive de oportunitate⁷⁷.

Dovedirea de către administrator a faptului că, indiferent de participarea sa la deliberare, rezultatul votului ar fi fost același, înlătură răspunderea acestuia. Având în vedere natura legală a acestei obligații, se va angaja răspunderea civilă delictuală în baza acțiunii promovate de societate potrivit dispozițiilor art. 155 sau 155 ind. 1 LS. Promovarea acțiunii în daune nu exclude revocarea administratorului din funcție și poate fi cumulată cu răspunderea penală, în cazul în care fapta îndeplinește elementele constitutive prevăzute la art. 275 alin.1 LS.

În ceea ce privește obligația de confidențialitate prevăzută la art. 144 ind.1 alin. 5 LS, apreciem că răspunderea pentru încălcarea acesteia va fi întotdeauna o răspundere contractuală, dacă obligația este reluată în contractul de administrare. În doctrină s-a menționat că, deși răspunderea pentru obligațiile legale reluate în contractul de administrare se transformă dintr-o răspundere delictuală într-o răspundere contractuală, acest lucru nu ar fi valabil pentru obligația de confidențialitate, răspunderea fiind contractuală doar în cazul încălcării acestei obligații după expirarea mandatului⁷⁸. Apreciam că răspunderea va avea întotdeauna un temei contractual, deoarece părțile convin de obicei ca obligația de confidențialitate să subziste și după încetarea mandatului. În plus, durata și conținutul acesteia sunt detaliate în contractul de administrare, conținutul obligației fiind detaliat atât pe durata exercitării funcției, cât și ulterior.

2.2. Răspunderea extraordinară față de terți

316. Am arătat în capitolul II al prezentei lucrări că, potrivit art. 70 alin. 1 LS, administratorii pot efectua toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății, în afară de

⁷⁷ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, pp. 177-178.

⁷⁸ *Idem*, p. 190.

restricțiile arătate în actul constitutiv și vor acționa în numele și pe seama societății, cu aplicarea regulilor referitoare la contractul de mandat. În relația cu terții, administratorul apare ca interfața societății, angajând răspunderea societății pentru actele și faptele săvârșite cu ocazia îndeplinirii atribuțiilor sale. În opinia noastră, intenția legiuitorului este aceea de a sublinia caracterul excepțional al răspunderii directe a administratorilor față de terți, un administrator având dreptul și obligația de a lua decizii înțelepte referitoare la toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății.

Legea prevede diferite cazuri exprese în care administratorul răspunde direct față de terți, spre exemplu prevederile art. 53 alin. 1 LS instituie răspunderea față de terți pentru actele juridice încheiate în faza de constituire a societății. Administratorul va fi exonerat de răspundere doar dacă „societatea, după ce a dobândit personalitate juridică, le-a preluat asupra sa”. Actele astfel preluate sunt considerate a fi fost ale societății încă de la data încheierii lor. Deși legea prevede că societatea devine retroactiv titulara acestor drepturi și obligații și îi incumbă răspunderea aferentă, persoana juridică nu este obligată să preia după constituire toate actele încheiate de reprezentanții care au lucrat în numele ei. În cazul în care societatea nu agreează actele încheiate înaintea înființării, reprezentanții vor răspunde solidar și nelimitat față de terți, o soluție care se poate deduce și din dispozițiile art. 210 alin. 3 Cod Civil. Apreciem corectă observația doctrinară că, spre deosebire de mandatul aparent, în cazul societății în curs de constituire, terțul putea să cunoască aceste aspecte, astfel încât și-a asumat voluntar riscul ca societatea să nu agreeze ulterior actele încheiate de reprezentanți⁷⁹. Reprezentantul va răspunde în această etapă atât față de societate, cât și față de terți pentru prejudiciile cauzate prin neregularitățile comise, iar terțul nu poate opune beneficiul de discuțiune, neavând dreptul să urmărească societatea pentru recuperarea prejudiciului.

317. În ceea ce privește depășirea limitelor puterii conferite, vom face referire la primul capitol, care tratează pe larg mandatul aparent. Ne vom concentra atenția asupra aspectelor relevante pentru încălcarea obligațiilor fiduciare, respectiv actele și faptele detașabile de funcție. În cazul în care

⁷⁹ A se vedea Todică, C., *art. precitat supra* 1052, p. 248.

terțul este despăgubit de către societate, se naște o răspundere indirectă a administratorului față de terț și un drept de regres al societății contra administratorului culpabil⁸⁰, regres caracterizat de principiul reparării integrale a prejudiciului. Acțiunea în regres este admisibilă dacă administratorul a cauzat un prejudiciu unui terț în exercitarea funcției sale și în legătură cu atribuțiile ori scopul funcției. În cazul societăților *in bonis*, terții se pot îndrepta doar împotriva societății pentru recuperarea prejudiciului cauzat de fapta culpabilă a membrilor organelor de conducere, acțiunea directă a creditorilor împotriva administratorilor fiind limitată de art. 73 alin. 2 LS doar pentru cazurile în care societatea se află în insolvență. Societatea este angajată prin actele organelor sale în raporturile cu terții, chiar dacă aceste acte depășesc obiectul de activitate al societății. Acest mecanism se dovedește a fi și cel mai eficient pentru terți, deoarece solvabilitatea societății reprezintă pentru terți cea mai potrivită garanție a recuperării prejudiciului⁸¹.

318. În ceea ce privește fundamentul răspunderii în regres, potrivit dispozițiilor art. 218 și art. 219 Cod Civil, actele juridice făcute de organele de administrare ale persoanei juridice, în limitele puterilor conferite, sunt actele persoanei juridice înseși și obligă persoana juridică, însă numai dacă ele au legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate. Acțiunea în regres se fundamentează pe dispozițiile art. 1596 lit. c Cod Civil, care prevede subrogația legală de drept în folosul celui care, fiind obligat împreună cu alții sau pentru alții, are interes să stingă datoria. Având o obligație de garanție pentru riscul de activitate întreprinsă, societatea răspunde față de terți pentru daunele cauzate de organele sale de administrare⁸².

Dacă intenția legiuitorului este aceea de a sublinia caracterul excepțional al răspunderii directe a administratorilor față de terți, se pune întrebarea răspunderii pentru faptele care nu sunt în exercițiul funcției. Potrivit art. 219 Cod Civil, faptele săvârșite de organele persoanei juridice

⁸⁰ Piperea, Gh.: *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale*, Ed. All Beck, București, 2001, pp. 170-172.

⁸¹ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, pp. 60-61.

⁸² A se vedea Cărpănuș, S. D. et al., *op. cit. supra* 1087, p. 344.

obligă însăși persoana juridică, însă numai dacă ele au legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate. *Per a contrario*, abuzurile sau faptele prejudiciabile ale unui administrator, care nu sunt în legătură cu atribuțiile sau cu obiectivul funcției, nu vor fi acoperite de societate. În acest caz, terții se vor putea îndrepta direct contra administratorului.

319. Legiuitorul a ales să limiteze răspunderea societății față de terți pentru faptele ilicite săvârșite de un administrator în lipsa unei conexiuni legitime sau cel puțin aparente a acestui fapt cu atribuțiile sau scopul funcțiilor încredințate. Doctrina privește această abordare legislativă cu ușor scepticism⁸³, deoarece acest mecanism ar putea amplifica tentația societății de a invoca lipsa vreunei legături a faptei prejudiciabile cu funcția încredințată, ceea ce ar fi în dezavantajul terțului care nu poate beneficia de solvabilitatea societății pentru repararea integrală a prejudiciului. Având în vedere cuantumul ridicat al daunelor solicitate în practică, încheierea unei asigurări de răspundere profesională se dovedește a fi deosebit de utilă.

Lipsa legăturii dintre fapta prejudiciabilă și atribuțiile încredințate ori scopul funcției încredințate este asociată depășirii limitelor mandatului. După cum am expus pe larg în primele două capitole, art. 55 LS angajează societatea față de terții de bună-credință care s-au încrezut în mod legitim în puterile reprezentantului⁸⁴, chiar și în situația în care actul administratorului depășește obiectul de activitate al societății sau limitele puterilor stabilite prin actul constitutiv. Ori, din dispozițiile acestui text legal, se deduce principiul inopozabilității față de terți a depășirii obiectului de activitate⁸⁵, astfel încât terții de bună-credință se pot îndrepta împotriva societății pentru recuperarea prejudiciului cauzat de fapta culpabilă a administratorului, și doar terții de rea-credință se vor îndrepta direct împotriva administratorului.

⁸³ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, pp. 61-62.

⁸⁴ Hotărârea nr. 50/22.06.1976 a Curții de Arbitraj București, prezentată de Cărpenu, S. D., în *Revista Română de Studii Internaționale* nr. 1/1979, pp. 147-153.

⁸⁵ „Depășirea mandatului legal și convențional [s.n. poate să] atragă numai răspunderea administratorilor cu puteri de reprezentare față de societatea comercială, ea neconstituind o cauză de nulitate absolută a convențiilor încheiate în aceste condiții de societate cu terții”, C.S.J., secț. com., Decizia nr. 853/11.02.2002, în *Revista de Drept Comercial* nr. 7/2002, pp. 340-344. „Eventuala culpă în depășirea mandatului nu poate fi opusă intimitei, raporturile dintre mandatar și mandant neputând fi opuse terțului care a avut convingerea că încheie actul juridic cu adevăratul reprezentant al societății, în limitele mandatului conferit acestuia”, Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1754/04.06.2009 în *Buletinul Casației* nr. 4/2010, p. 23.

În jurisprudența franceză s-au pronunțat câteva soluții prin care s-a constatat că, în cazul în care greșeala de gestiune poate fi detașată de funcție și de obligațiile contractuale ale administratorului, acesta va răspunde personal față de terțul prejudiciat. Această abordare a fost criticată de doctrină⁸⁶, deoarece creează un spațiu vast de impunitate al administratorului și privează terțul de răspunderea persoanei juridice. Se menționează și raritatea erorilor detașabile de funcție și dificultatea încadrării acestor greșeli de gestiune în categoria atribuțiilor legate de funcție sau în afara acestora, mai ales în situațiile avansării interesului societății.

Stabilirea unei legături dintre fapta administratorului și atribuțiile încredințate sau scopul funcției poate fi uneori dificilă. Menționez că și posibile criterii de raportare analizarea calității în care a acționat administratorul, ca organ social ori în nume propriu, interesul promovat – cel propriu sau al societății, menționarea sau ascunderea față de terț a calității sale de reprezentant. Pentru evitarea exonerării injuste, apreciem că legătura dintre faptă și scopul funcției ar trebui stabilită într-o manieră flexibilă și în conformitate cu intenția legiuitorului de a crea o răspundere excepțională a administratorului față de terți și de a oferi terților de bunăcredință garanția solvabilității societății. Considerăm că interesul promovat reprezintă un criteriu determinant al legăturii dintre faptă și funcția deținută, iar interesul personal urmărit prin fapta detașabilă funcției va conduce la angajarea răspunderii personale a administratorului față de terț. În principiu, răspunderea excepțională a administratorului este o răspundere civilă delictuală, aplicabilă potrivit dreptului comun, respectiv art. 1349 Cod Civil. Natura răspunderii va fi contractuală în anumite cazuri excepționale, respectiv dacă administratorul a avut un raport contractual personal cu terțul și a omis să îi menționeze că acționează în numele societății ori a dobândit calitatea de fidejutor pentru o datorie a societății⁸⁷.

⁸⁶ Jambort, S.: *Responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers pour des faits antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective*, La Semaine Juridique édition entreprise et affaires nr. 51-52/2006, p. 2210, comentat de Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, pp. 63-64.

⁸⁷ A se vedea Al Hajjar, S., *art. precitat supra* 1063, p. 66.

2.3. Răspunderea civilă față de asociați/acționari

320. Natura răspunderii administratorilor față de asociați nu a fost ferită de controverse doctrinare, dar *de lege lata*, temeiul acestei răspunderi este delictual. Obligațiile fiduciare sunt datorate în dreptul continental preponderent societății, administratorul reprezintă asociații/acționarii, însă caracteristica principală a mandatului său este exercitarea unor puteri proprii. Relația dintre administratori și acționarii/asociații care i-au numit se transformă într-un raport juridic între administratori și societate, iar ei nu sunt reprezentanții celor care i-au numit, ci reprezentanții persoanei juridice. În majoritatea cazurilor, răspunderea față de asociați are loc în situația încălcării obligațiilor legale și fără legătură cu esența raportului fiduciar, ceea ce conferă faptei ilicite un caracter extra-contractual.

Impedimentele angajării acestui tip de răspundere sunt cauzate în mare parte de dificultatea probării unui prejudiciu suferit de asociați, distinct de prejudiciul cauzat societății. Deoarece asociații/acționarii sunt creditorii reziduali ai societății, prejudiciul individual cauzat acestora reprezintă o consecință a prejudiciului cauzat societății⁸⁸, astfel încât lipsește de interes și de cauză răspunderea civilă directă a administratorului față de asociați/acționari.

Deși prejudiciul pricinuit asociaților/acționarilor derivă din prejudiciul cauzat societății, acesta nu este eliminat prin simpla dovedire a prejudiciului social și nici nu este condiționat de lipsa unui prejudiciu social. Având în vedere faptul că acționarii sunt investitori pe termen lung ai societății, care nutresc speranța că valoarea acțiunilor lor va crește, apreciem că încălcarea obligației care a condus la o reducere a prețului pieței determină un drept la reparație. Jurisprudența română nu este foarte bogată cu privire la acest tip de răspundere și privește în mare parte doar situațiile în care sunt afectate drepturile acționarilor și în care societatea nu a suferit un prejudiciu material, cum ar fi deturnarea dividendelor, încălcarea obligației de a informa acționarii/asociații, încălcarea dreptului de vot.

Prin art. 245 LS, legea instituie o răspundere civilă directă a administratorilor față de asociați/acționari pentru neregularitățile comise în

⁸⁸ *Idem.*

pregătirea și executarea unei fuziuni sau divizări, extinsă prin dispozițiile art. 251 ind. 1 LS membrilor directoratului SA administrată în sistem dualist. Fiind o răspundere specială, acțiunea nu poate fi promovată în temeiul art. 155 LS, ci legiuitorul instituie un caz special de răspundere directă a administratorilor față de asociați/acționari. Administratorii sau membrii directoratului societăților care urmează să participe la fuziune sau la divizare vor întocmi un proiect de fuziune sau de divizare, care cuprinde elementele prevăzute de lege.

3. Angajarea răspunderii civile a administratorilor în dreptul comparat

321. În toate statele membre UE, consiliul de administrație acționează ca un organ colegial, însă răspunderea membrilor este personală. Același raționament se aplică și consiliului de supraveghere și directoratului în sistemul dualist de administrare, deoarece aceste organe de administrație nu au personalitate juridică. Ca regulă de drept comun în dreptul continental, dacă actele sau faptele concurente ale unor persoane cauzează un prejudiciu unei alte persoane, acestea sunt răspunzătoare în solidar pentru repararea prejudiciului. Dificultățile apar atunci când o decizie a organului colegial este luată cu încălcarea unei obligații, iar răspunderea diferă între membrii care au votat pentru adoptarea deciziei, care au votat împotriva, care nu au participat la ședință sau care puteau să evite executarea sau implementarea deciziei⁸⁹. Deși aceste chestiuni nu au fost abordate de legiuitori în toate statele membre, principiile și regulile dezvoltate de jurisprudență prezintă un grad ridicat de convergență.

În general, membrii organului colegial care au votat pentru adoptarea unei decizii cu încălcarea culpabilă a unei obligații sunt obligați în solidar, aprecierea neglijenței are loc în toate jurisdicțiile *in concreto*, însă diferă între statele membre în funcție de standardul de diligență și prudență aplicabil. Majoritatea instanțelor iau în considerare elemente contextuale, precum poziția administratorului în societate, experiența și cunoștințele sale, respectiv elementele aprecierii *in concreto* pe care le-am expus pe larg în

⁸⁹ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 170.

capitolul V. În câteva state am observat că legea sau jurisprudența a dezvoltat regula răsturnării sarcinii probei către administrator, dacă acesta a participat la ședința consiliului de administrație sau a directoratului în care s-a votat decizia de afaceri cu încălcarea unei obligații. În urma unei decizii a Curții de Casație Franceze din anul 2010⁹⁰, practica franceză a evoluat în sensul în care, după demonstrarea de către reclamant a încălcării unei obligații fiduciare, sarcina probei se răstoarnă în defavoarea administratorului-pârât, care va trebui să dovedească faptul că a acționat cu diligență și prudență, indiferent dacă a participat sau nu la ședința în care s-a adoptat decizia. Același principiu este regăsit în Luxemburg ca „*responsabilité légale*”, în Legea malteză a societăților, în Codul Civil olandez și în Legea societăților din Spania⁹¹, însă în aceste state, sarcina probei nu se răstoarnă în cazul absenței administratorului de la deliberări sau de la vot.

În principiu, votul împotriva unei decizii care încalcă o obligație fiduciară nu atrage angajarea răspunderii administratorului. Cauza de exonerare prevăzută de legislația românească, în privința consemnării opoziției formulate de administrator cu privire la decizia luată de organul colegial cu ocazia deliberării⁹² este prezentă și în alte state. Uneori practica instanțelor este în sensul verificării dacă administratorul a încercat să schimbe decizia, dacă s-a consemnat opoziția sa în procesul-verbal sau dacă a informat cenzorii despre decizie. În Finlanda și Suedia, absența repetată a administratorului de la ședințele organului colegial echivalează cu neglijența îndeplinirii obligației de supraveghere, un element al obligației de diligență și prudență, astfel încât răspunderea va fi angajată aproape mereu⁹³.

322. Deși principiile răspunderii civile a membrilor organelor de administrație nu sunt la fel de dezvoltate în toate statele membre UE, acestea nu sunt în general contradictorii. Astfel, reclamanții prejudiciați, respectiv societatea sau acționarii, pot solicita recuperarea întregului prejudiciu de la unul dintre administratorii culpabili ori recuperarea în parte, prin acțiuni

⁹⁰ Cass. Com. 30.03.2010 nr. 08-17.841, FP-P+B+R+I, n° 08-17.841, *Fonds de garantie des dépôts (FGD) c/ Sté Caribéenne de conseil et d'audit*, citată de Le Cannu, P., *Revue des sociétés* nr. 7/2010 p. 304.

⁹¹ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 171.

⁹² A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 1048, pp. 36-37.

⁹³ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, pp. 172-173.

împotriva fiecăruia dintre cei care au contribuit la cauzarea prejudiciului. Ulterior, administratorii au dreptul de a se întoarce în regres împotriva celorla cu care sunt obligați în solidar pentru recuperarea despăgubirilor achitate.

În majoritatea statelor, angajarea concretă a răspunderii administratorilor societăților *in bonis* are loc într-un număr redus de cazuri, deși normele aplicabile sunt în general destul de explicite. Importanța practică a angajării răspunderii este mai mare în cazul societăților intrate în insolvență, astfel încât numărul asigurărilor de răspundere profesională ale administratorilor și ale salariaților cu atribuții executive este în creștere în majoritatea statelor⁹⁴.

Succesul acțiunilor în angajarea răspunderii administratorului este mai problematic în cazul acțiunilor *ut universi*, în vreme ce recuperarea prejudiciului în urma formulării acțiunii de acționarii minoritari are șanse mai mari de succes în majoritatea jurisdicțiilor de drept civil. Regulile care guvernează decizia de promovare a acțiunii în răspunderea administratorilor și reprezentarea societății în fața instanței nu sunt armonizate în statele membre. Diferențele semnificative între reglementări se observă în cazul SA administrate în sistem unitar, deoarece autorizarea promovării acțiunii în răspunderea administratorilor aparține consiliului de administrație, adunării generale a acționarilor sau ambelor organe. Problemele apar în special în cazul în care consiliul de administrație are puterea promovării acțiunii, cu precădere în *common law*, iar pârâtul este membru al consiliului de administrație⁹⁵. În cazul în care decizia angajării răspunderii aparține adunării generale, societatea este reprezentată de consiliul de administrație sau de un mandatar special⁹⁶. Singurele state care prevăd autoritatea alternativă a consiliului de administrație și a AGA de a promova acțiunea sunt Finlanda și Italia.

În cazul sistemului dualist de administrare, autoritatea promovării acțiunii în răspundere aparține de obicei consiliului de supraveghere, care

⁹⁴ Kalss, S.: *Shareholder Suits: Common Problems, Different Solutions and First Steps towards a Possible Harmonisation by Means of a European Model Code*, European Company and Financial Law Review nr. 2/2009, pp. 325-327.

⁹⁵ Cipru, Irlanda, Malta, Marea Britanie și Franța.

⁹⁶ Belgia, Danemarca, Spania, România, Portugalia, Suedia și Grecia.

acționează la inițiativa proprie ori la cererea adunării generale (Croatia, Germania, Estonia și Slovacia) sau adunării generale a acționarilor (Bulgaria, Letonia, Luxembourg, Polonia, Slovenia și Ungaria). Această autoritate este conferită directorului general doar în Lituania, iar directoratului în Olanda, Austria și Cehia.

Acțiunile colective sunt prevăzute de un număr limitat de state membre⁹⁷ și nu joacă un rol la fel de important în dreptul continental ca în America de Nord, deoarece obiectivul acestor mecanisme este fundamentat pe pretenții individuale ale acționarilor, și nu ale societății.

323. În urma pronunțării soluției în faimoasa cauză *Foss v. Harbottle* în anul 1843 în Marea Britanie⁹⁸, piața a realizat ineficiența concentrării voinței societății în opinia acționarilor majoritari și acordarea posibilității de inițiativă unor persoane diferite de aceștia. Dreptul american a creat instituția *derivative action* pe aceeași motivare faimoasă, recunoscând dreptul acționarului individual de a promova o acțiune în justiție împotriva unui administrator pentru a recupera prejudiciul cauzat societății, pe care aceasta refuză să îl recupereze. Această prerogativă a acționarului minoritar este justificată de relația dintre acesta și societate⁹⁹.

Acțiunea derivativă din dreptul american a fost creată inițial ca o combinație între două acțiuni, respectiv pentru sancționarea administratorului și pentru obținerea unei hotărâri care să oblige societatea să promoveze o acțiune în pretenții¹⁰⁰. Motivația acționarilor de a promova o acțiune derivativă este destul de scăzută. În primul rând, acționarii minoritari vor beneficia de succesul acțiunii proporțional cu numărul acțiunilor lor, în vreme ce marea parte a câștigului va beneficia acționarului majoritar. În al doilea rând, acționarii minoritari vor investi timp și fonduri pentru o cauză

⁹⁷ Danemarca, Germania, Italia, Polonia, Spania și Suedia. A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 198.

⁹⁸ Cauza *Foss v. Harbottle*, 67 ER 189, 2 Hare 461, Court of Chancery, Londra, 1843.

⁹⁹ Latella, D.: *Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders' Rights Directive*, European Company and Financial Law Review nr. 2/2009, pp. 309-312. Această prerogativă a fost numită în dreptul german „*Mitgliedschaftsrecht*”, adică dreptul care decurge din calitatea de acționar. A se vedea Lutter, M.: *Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts*, Archiv für die civilistische Praxis nr. 180/1980, pp. 84-86.

¹⁰⁰ Clark, R.: *Corporate Law*, Ed. Little Brown, Aspen, 1987, p. 639.

publică, avansând cheltuielile de judecată. În al treilea rând, consiliul de administrație deține adesea informații mai numeroase și mai profunde în ceea ce privește oportunitatea promovării unei acțiuni derivative față de cunoștințele acționarilor minoritari despre derularea afacerilor curente ale societății. Această acțiune nu beneficiază uneori nici societății, deoarece o privează de timpul administratorului pârât și îi afectează reputația, determinând scepticismul clienților și al partenerilor¹⁰¹. În special în cazul proceselor de lungă durată, s-a observat că acțiunile în angajarea răspunderii membrilor organelor de administrare afectează prețul acțiunilor societăților listate. Nici în dreptul american, acțiunile derivative nu sunt numeroase. Instanțele din Delaware judecă în jur de 30 de acțiuni derivative pe an formulate de acționarii SA de tip deschis și mai puțin de 10 în cazul societăților de tip închis¹⁰².

Acțiunile derivative sunt prevăzute de legislațiile din aproape toate statele membre, în afară de Estonia, Luxemburg și Olanda. Regulile procedurale, pragul minim pentru promovarea acțiunii și costurile diferă foarte mult între state. Pragul minim diferă între valoarea unei acțiuni, în Cipru, Franța, Irlanda, Lituania, Polonia și Marea Britanie și pragul de 10% din capital, prevăzut de legislația din Austria, Croația, Danemarca, Finlanda și Grecia, deși regula instituită de legiuitorului european este de a nu se depăși pragul de 5%. Majoritatea statelor nu prevăd condiții suplimentare de admisibilitate în cazul îndeplinirii pragului minim. În Germania și Marea Britanie însă, admisibilitatea procedurii este supusă aprecierii discreționare a instanței, care evaluează în primul rând dacă interesul societății primează interesului acționarilor de a promova acțiunea pentru diferite motive, precum pătarea reputației societății, costurile implicate sau alte proiecte mai importante ale executivului¹⁰³.

¹⁰¹ Gelter, M.: *Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?*, Brooklyn Journal of International Law vol. 37, nr. 3/2012, p. 852.

¹⁰² Thompson, R. B., Thomas, R. S.: *The public and private faces of derivative lawsuits*, Vanderbilt University Law School, Law and Economics Working Paper Number 04/14, p. 48.

¹⁰³ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precizat supra* 884, pp. 196-202. Potrivit par. 7 din Preambulul Directivei 2007/36/CE, „Fără a aduce atingere diverselor termene și modalități folosite actual în întreaga Comunitate, exercitarea acestor drepturi [s.n. ale acționarilor] ar trebui să fie condiționată de două reguli de bază și anume că eventualele praguri stabilite în vederea exercitării drepturilor respective nu ar trebui să depășească 5 % din capitalul

324. În anul 2004, Parlamentul European și-a exprimat susținerea față de intenția Comisiei de a spori drepturile acționarilor, în special prin stabilizarea regulilor privind transparența decizională, a voturilor prin mandatar și a votului prin mijloace electronice¹⁰⁴. În majoritatea sistemelor de drept europene, legiuitorii sunt preocupați să prevină ca instrumentele de control ale administrației și mecanismele de apărare ale acționarilor minoritari să devină instrumente de șantaj între cele două grupuri. În această privință *Directiva 2007/36/CE privind exercitarea anumitor drepturi ale acționarilor în cadrul societăților comerciale cotate la bursă* prevede în par. 7 din Preambul că eventualele praguri stabilite în vederea exercitării drepturilor de către acționari nu ar trebui să depășească 5% din capitalul social al societății.

325. Acțiunea derivativă a fost codificată în Marea Britanie pentru prima dată în *UK Companies Act 2006*, fiind definită de secțiunea 260(1) și (3) ca o „acțiune promovată de un membru al societății care solicită pe seama societății angajarea răspunderii unui administrator” pentru o faptă determinată de o „acțiune prezentă sau viitoare ori o omisiune care implică neglijență, culpă, încălcarea încrederii, încălcarea unei obligații de către administratorul societății”. În principiu, procedura este compusă din două etape. În prima parte, acționarul va trebui să prezinte dovezile *prima facie* pentru continuarea acțiunii în justiție, iar instanța va decide dacă acțiunea în răspundere va fi judecată sau respinsă. În cea de-a doua etapă, dacă instanța constată că acțiunea nu este promovată de o persoană care dorește să avanseze succesul societății sau dacă acțiunea în răspundere este fundamentată pe un act autorizat sau ratificat, o va respinge¹⁰⁵. Instanțele britanice au o putere discreționară mai mare și vor verifica inițial buna-credință a reclamanților, dar și a pârâtului. Această putere vastă a instanțelor

social al societății comerciale, iar toți acționarii ar trebui să obțină, în orice caz, versiunea finală a ordinii de zi cu suficient timp înainte pentru a se putea pregăti”.

¹⁰⁴ Rezoluția Parlamentului European la comunicarea Comisiei către Consiliu și Parlamentul European: Modernizarea dreptului societar și a guvernanței corporative în UE – un plan de viitor (COM(2003) 284 – C5-0378/2003 – 2003/2150(INI)). A se vedea Latella, D., *art. precitat supra* 1146, pp. 307-308.

¹⁰⁵ Reisberg, A.: *Shadows of the Past and Back to the Future: Part 11 of the UK Companies Act 2006 (in)action*, European Company and Financial Law Review nr. 2/2009.

și descurajarea acționarilor minoritari prin obstacole de ordin practic au fost criticate de doctrină, astfel încât utilitatea acțiunii este pusă la îndoială.

Acțiunea derivativă există în Italia din anul 1998 și a fost numită în doctrină un „eșec cumplit”¹⁰⁶. Inițial, legea prevedea pragul de 5% și condiția deținerii calității de acționar de minim 6 luni pentru promovarea acțiunii *ut singuli*, pentru securitatea relațiilor între adunarea generală și membrii organelor de administrare. Până în anul 2003 nu s-a înregistrat nicio acțiune *ut singuli* în cazul societăților listate, astfel ultima condiție a fost abrogată, iar pragul a fost scăzut la 2,5% din capital. Totuși, instituția nu s-a bucurat nici ulterior de succes, fiind încărcată de aceleași dezavantaje ca în restul jurisdicțiilor europene, informarea improprie și incompletă a acționarilor minoritari și costurile ridicate avansate de aceștia. În plus, potrivit dreptului italian, acționarii minoritari trebuie să își păstreze această calitate pe toată durata procesului, deoarece dacă pragul minim scade sub 2,5% pe durata judecării, acțiunea va fi anulată. S-a constatat că transferul liber al capitalului și exercitarea acțiunii în răspundere nu se exclud, iar condiția deținerii calității de acționar pe toată durata judecării acțiunii în răspundere nu este utilă¹⁰⁷.

În Franța, dreptul de a promova acțiunea *ut singuli* este prevăzut de art. 225 –120 Code de Commerce. În cazul în care un acționar minoritar nu poate suporta singur cheltuielile de judecată, legea prevede un mecanism de creare a unui grup al acționarilor minoritari care vor reprezenta interesele acționarilor, format din minim 5% din acționarii societăților deschise și a 20-a parte a capitalului în societățile de tip închis. Dreptul spaniol prevede o abordare mult mai strictă decât modelul american și cel francez. Acționarii care dețin cel puțin 5% din capital au dreptul să convoace adunarea generală pentru a decide formularea acțiunii în răspunderea administratorilor. Legitimarea procesuală se naște doar dacă administratorii refuză să convoace adunarea generală, dacă acțiunea în răspundere decisă de adunarea generală nu este introdusă în 30 de zile după ședința în care a fost

¹⁰⁶ Giudici, P.: *Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions*, European Company and Financial Law Review nr. 3/2009.

¹⁰⁷ Mucciareli, L.: *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, Giurisprudenza commerciale Bologna nr. 9/2000, p. 76.

votată sau dacă adunarea generală refuză să introducă acțiunea. Dificultatea activării controlului acționarilor minoritari în sistemul spaniol este mai pronunțată în cazul în care acționarii majoritari sunt membri ai organelor de administrare, ori dacă administratorii sunt indiferenți față de solicitările acționarilor minoritari¹⁰⁸.

Dreptul german prevede un „drept de inițiativă” al acționarilor minoritari¹⁰⁹, care s-a dezvoltat în practică într-o veritabilă acțiune derivativă, care poate fi formulată de acționarii care dețin cel puțin 1% din capital sau acțiuni în valoare nominală de cel puțin 100.000 EUR. Aceștia pot introduce acțiunea în răspundere atât în nume propriu, cât și pe seama societății, iar instanța va verifica prima dată calitatea acționarilor la momentul încălcării obligațiilor, intenția societății de a promova acțiunea în răspundere, prejudiciul cauzat și efectele promovării acțiunii asupra intereselor societății. Observăm că și sistemul german este caracterizat de condiții și practici suplimentare care descurajează formularea acțiunii derivative. În ceea ce privește jurisprudența germană, judecarea acțiunii este în general admisibilă și oportunitatea acesteia nu va fi evaluată de instanță, dacă se întrunesc condițiile expuse, iar reclamanții dovedesc *prima facie* prejudiciul suferit de societate și raportul de cauzalitate dintre fapta prejudiciabilă și încălcarea legii sau a actului constitutiv de către administratorul pârât¹¹⁰.

326. Observăm că pragul numărului de acțiuni sau al capitalului deținut nu este singurul aspect relevant pentru eficiența acțiunii *ut singuli*, deoarece aceasta poate fi blocată și de alți factori. Deși pragul de o acțiune este prevăzut în câteva state, acesta este neutralizat de alte condiții restrictive, și, deși în alte state pragul minim este de 10% din numărul total

¹⁰⁸ A se vedea Latella, D., *art. precitat supra* 1146, p. 313 și Calero, S.: *Administradores. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Editorial de Dereho Reunidas, Casa Del Libro, Madrid, 1994, p. 284.

¹⁰⁹ Numit de doctrină *Iniziativrecht*, a se vedea art. 147 Legea germană a societăților pe acțiuni, comentată de Baums, A.: *Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*, Gutachten für den 63. Deutschen Juristentag, Leipzig 2000.

¹¹⁰ Art. 148 (1) din Legea germană a societăților pe acțiuni. A se vedea Ulmer, D.: *Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsrathandelns vor dem Hintergrund der US-Erfahrungen mit der shareholders' derivative action*, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht nr. 16/1999, p. 294.

de acțiuni, celelalte condiții legale sunt mai ușor de împlinit, iar acțiunile au o rată mai mare de succes¹¹¹.

Constatând numărul redus al acțiunilor derivative introduse în statele europene, doctrina a încercat să explice motivul pentru care acționarii minoritari sunt descurajați să își exercite acest drept. Deși nu există un model unic, s-au identificat mai multe justificări valabile la nivel european. În primul rând, reclamanții au în vedere adesea costurile implicate și posibilitatea recuperării acestora. Majoritatea statelor prevăd suportarea cheltuielilor de judecată și a costurilor expertizelor de partea care pierde procesul, iar asimetria costurilor și a beneficiilor este descurajantă. În al doilea rând, pragul minim pentru introducerea acțiunii este uneori dificil de atins, iar acționarii minoritari sunt informați în mod incomplet cu privire la detaliile materiale necesare pentru promovarea acțiunii în răspundere. Din acest punct de vedere, Directiva 2007/36/CE sporește în mod semnificativ avantajele acționarilor minoritari prin introducerea obligativității informării lor corespunzătoare și complete în prealabil și acordarea timpului de deliberare și a dreptului de a introduce puncte noi pe ordinea de zi a adunării generale. Apreciem că informarea prealabilă completă este decisivă pentru succesul acțiunii derivative, iar aceste aspecte trebuie asigurate de legiuitorii naționali. Numărul redus al acțiunilor derivative în dreptul continental este privit adesea ca un semn evident al lipsei implementării obligațiilor administratorilor în aceste jurisdicții¹¹².

În opinia noastră, numărul scăzut al acțiunilor derivative în România poate fi pus pe seama costurilor care trebuie avansate de acționarii reclamanți, un aspect comun al acțiunii *ut singuli* în majoritatea statelor membre. Deși numărul acestor acțiuni este considerabil mai mare în SUA, acesta este depășit și acolo de numărul acțiunilor colective¹¹³. Modelul francez, unde acțiunea derivativă a fost privită ca un drept individual al acționarilor, se apropie cel mai mult de modelul american. În Austria, Belgia,

¹¹¹ Grecia, Danemarca, Germania. A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 190.

¹¹² A se vedea Kalss, S., *art. precitat supra* 1141, p. 323, Latella, D., *art. precitat supra* 1146, pp. 307-308 și Hertig, G.: *Western Europe's Corporate Governance Dilemma*, în vol. Baums, T., Hopt, K. J., Horn, N.: *Corporations, Capital Markets, and Business in the Law*, Ed. Kluwer Law International, Londra, 2000, p. 280.

¹¹³ A se vedea Gelter, M., *art. precitat supra* 1148, p. 850.

Germania, Italia și Spania, acțiunea în răspundere este privită de doctrină ca un drept colectiv al acționarilor, care poate fi exercitat printr-o decizie a adunării acționarilor. Astfel, puterea majorității este compromisă de dreptul unei minorități calificate de a promova acțiunea, cu acordul instanței.

327. Deși studiile arată că, în mare, eficiența acțiunilor în răspunderea membrilor organelor de conducere ale societăților nu este prea mare în statele membre UE¹¹⁴, practica a dezvoltat diferite mecanisme de substituie a acțiunii în răspundere. În Olanda de exemplu, acționarii care dețin separat sau împreună cel puțin 10% din capital sau valoarea nominală a cel puțin 225.000 EUR din acțiunile societății, dar și sindicatele, pot solicita Secției comerciale a Curții de Apel din Amsterdam (*Enterprise Chamber* sau *Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam*) efectuarea unei investigații (*enquêteprocedure*) în ceea ce privește strategia și politicile de afaceri ale societății¹¹⁵. În cazul în care *Enterprise Chamber* apreciază că există dubii cu privire la corectitudinea derulării afacerilor și că se impune o astfel de investigație, va dispune efectuarea acesteia pe cheltuiala societății, poate decide suspendarea administratorilor, suspendarea deciziilor consiliului de administrație și suspendarea drepturilor de vot ale administratorilor. Acest mecanism se dovedește a fi deosebit de util în Olanda, un stat care nu reglementează acțiunea *ut singuli*.

Deși, per ansamblu, statele membre prevăd reguli de drept material și de drept procedural destul de comprehensive, se observă că mecanismele de punere în practică a acestora sunt destul de slabe și încălcările obligațiilor fiduciare nu determină în multe cazuri promovarea unei acțiuni în răspundere și sancționarea administratorilor societății *in bonis*. Justificările acestor lacune au fost identificate ca fiind de natură structurală, spre exemplu concentrarea acționariatului, care determină autorizarea formală sau informală a deciziilor de către acționarul majoritar. În cazul autorizării *ex ante* sau a ratificării deciziilor de afaceri luate cu depășirea puterilor încredințate sau cu încălcarea obligațiilor fiduciare, independența organului deliberativ este adesea știrbită de relațiile personale sau de dubla calitate a acționarilor. Din aceste considerente, posibilitatea reală a formulării acțiunii

¹¹⁴ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, pp. 178-210.

¹¹⁵ <https://www.amsadvocaten.com/litigation/the-enterprise-chamber-in-amsterdam/> [accesat la data de 02.01.2019].

derivative este deosebit de importantă în jurisdicțiile de drept continental, pentru protecția intereselor acționarilor minoritari. În situațiile în care în societățile administrate în sistem unitar, autoritatea decizională a promovării acțiunii în răspundere aparține consiliului de administrație, conflictul de interese este evident. În cazul în care această decizie aparține adunării generale sau consiliului de supraveghere, în cazul societăților administrate în sistem dualist, apreciem că acest conflict de interese este mai redus. Reticența inițială față de sistemul dualist de administrare pare să dispară, în special în urma crizei financiare din anul 2008, iar necesitatea supravegherii activității executivului a crescut. Se observă și o lipsă a încrederii societăților și a acționarilor în sistemul judiciar, procedurile fiind imprevizibile, costisitoare și lungi, astfel încât acționarii preferă adesea să înlocuiască administratorii, în cazul în care prejudiciul suferit de societate nu este prea ridicat. Apreciam că aceste motive sunt vizibile și în practica românească, unde jurisprudența este vastă în ceea ce privește acte frauduloase, delapidarea activelor societății și încălcări grave ale obligației de loialitate, însă mai redusă în ceea ce privește încălcarea obligației de diligență și prudență și a aplicării regulii judecății de afaceri. Doctrina apreciază că cele patru dimensiuni ale acțiunii derivative ar trebui adaptate în sensul eficientizării acesteia¹¹⁶. În primul rând, pragurile minime privind numărului de acțiuni ar trebui eliminate în dreptul continental, deoarece reduc motivația de a introduce acțiunea¹¹⁷. În plus, riscul litigiului ar trebui alocat în mod proporțional pentru a depăși reticența rațională a acționarilor minoritari, iar reclamanții ar trebui să aibă acces suficient la informație.

4. Înlăturarea și limitarea răspunderii. Cauze de exonerare

328. Am demonstrat că standardul de evaluare impus de legiuitor pentru îndeplinirea obligațiilor fiduciare, respectiv criteriul bunului administrator, nu este unul de ordine publică, astfel încât permite derogarea

¹¹⁶ Glanzmann, L.: *Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht nr. 137/2000, Berna, Elveția, pp. 174–175 și Guyon, Y.: *Droit des Affaires. Tome 1 : Droit Commercial Général et Sociétés*, Economica, Paris, 2003, p. 462.

¹¹⁷ Grechenig, K., Sekyra, M.: *No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion*, International Review for Law and Economics vol. 31, nr. 16/2011.

prin actul constitutiv ori hotărârea adunării generale. Începând cu jumătatea sec. XX, în majoritatea jurisdicțiilor de *common law* a apărut tendința includerii unor clauze statutare cu privire la consecințele apariției unui conflict de interese a administratorilor. În mare parte, aceste clauze interziceau promovarea acțiunii în anularea operațiunilor pentru simplul motiv al existenței unui conflict de interese descoperit ulterior încheierii afacerii, cu condiția ca operațiunea să fie corectă sau să fi fost aprobată de administratorii independenți. În alte situații, clauzele statutare prevedeau în mod obligatoriu o evaluare a corectitudinii și echității, în ciuda aprobării primite din partea administratorilor independenți. Este interesant de observat faptul că, în anumite cazuri, aprobarea din partea administratorilor independenți reprezintă o alternativă a evaluării corectitudinii și a echității, iar în alte jurisdicții operațiunile sunt anulabile, indiferent de corectitudine, și nu împiedică o evaluare a corectitudinii și a echității. Deși dreptul român nu ar permite includerea unei clauze asemănătoare în actele constitutive, normele referitoare la conflictul de interese fiind imperative, în dreptul comparat se constată o practică îndelungată a acestor clauze.

În statele membre s-au identificat cinci mijloace de limitare sau de excludere a răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligațiilor fiduciare¹¹⁸. Acestea sunt (i) clauzele statutare de exonerare sau limitare a răspunderii, (ii) autorizarea *ex ante* sau (iii) *ex post* a deciziei de afaceri luată cu încălcarea obligațiilor, (iv) indemnizarea administratorilor pentru prejudiciile cauzate terților și (v) asigurarea de răspundere profesională.

329. (i) Exonerarea de răspundere prin clauze statutare nu poate privi fapte intenționate sau comise cu neglijență gravă. În anumite state, sancțiunea includerii unei astfel de clauze în actul constitutiv sau în contractul de administrare este inopozabilitatea față de acționari, însă în majoritatea statelor, sancțiunea este nulitatea clauzei care limitează sau înlătură răspunderea administratorilor pentru săvârșirea unor fapte prejudiciabile cu intenție sau cu neglijență gravă.

Legea română permite limitarea, agravarea și, în anumite cazuri, înlăturarea de răspundere. Părțile pot prevedea convențional modificarea

¹¹⁸ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 182.

răspunderii contractuale, însă nu și exonerarea absolută de orice fel de răspundere pentru neexecutare prin dol sau culpă gravă¹¹⁹.

Clauzele de limitare a răspunderii administratorului prevăzute în actul constitutiv sau în contractul de administrare trebuie să respecte regulile generale prevăzute de art. 1170 Cod Civil, respectiv părțile nu pot înlătura sau limita buna-credință la negocierea, încheierea, cât și pe tot timpul executării contractului. În plus, potrivit art. 1203 Cod Civil, clauzele neuzuale nu produc efecte decât dacă sunt acceptate în mod expres și în scris de cealaltă parte, spre exemplu derogarea convențională de la clauzele „care prevăd în folosul celui care le propune limitarea răspunderii”. În fine, potrivit dispozițiilor art. 1355 alin. 1 Cod Civil, nu se poate exclude sau limita, prin convenții sau acte unilaterale, răspunderea pentru prejudiciul material cauzat altuia printr-o faptă săvârșită cu intenție sau din culpă gravă, ci doar prin clauze care exclud răspunderea pentru prejudiciile cauzate, printr-o simplă imprudență sau neglijență, bunurilor victimei. Orice derogare convențională de la această regulă este lovită de nulitate absolută.

În afara răspunderii pentru culpa gravă, care nu poate fi exclusă sau limitată, legiuitorul permite prin norme supletive modificarea răspunderii contractuale prin clauze de înlăturare, de limitare sau de agravare a răspunderii. Potrivit art. 1355 alin. 2 Cod Civil, clauzele de exonerare a răspunderii pentru *culpa levis*, respectiv pentru neglijență sau imprudență, sunt valabile în ceea ce privește răspunderea materială pentru bunurile victimei¹²⁰.

Clauzele de limitare a obligațiilor legale ale administratorului sunt valabile dacă acestea nu privesc obligații legale stabilite prin norme imperative, cum sunt buna-credință sau obligația de loialitate. Clauzele contractuale de limitare a răspunderii pot prevedea o limită maximă a despăgubirilor la care poate fi obligat administratorul pentru neexecutarea sau executarea defectuoasă a obligațiilor sale contractuale sau legale, în afară de cazurile de culpă gravă sau dol, chiar dacă prejudiciul concret depășește

¹¹⁹ A se vedea Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I., *op. cit. supra* 1050, p. 311.

¹²⁰ Totodată, aceste clauze sunt valabile doar în ceea ce privește răspunderea patrimonială pentru bunuri, fiind lipsite de efect dacă privesc integritatea fizică, psihică ori sănătatea unei persoane, potrivit dispozițiilor art. 1355 alin. 3 Cod Civil.

acest plafon. Doctrina apreciază că, în dreptul obligațiilor, pentru valabilitatea unei clauze de limitare a răspunderii, această valoare maximă trebuie să fie una rezonabilă și proporțională raportat la obiectul contractului, pentru a exclude asimilarea acestei clauze unei clauze de exonerare a răspunderii¹²¹.

Legea permite și includerea unor clauze de agravare a răspunderii în contractul de administrare, respectiv asumarea de către administrator a unor clauze suplimentare de neexecutare pentru care va răspunde, precum cazurile determinate de forță majoră. În plus, este posibilă agravarea convențională a răspunderii, respectiv includerea răspunderii pentru *culpa levissima*.

Renunțând la aceste cauze de exonerare a răspunderii care ar fi de altfel garantate de lege, administratorul își asumă riscuri și uneori obligații suplimentare. Apreciem că agravarea răspunderii pentru executarea obligațiilor de mijloace în sensul transformării acestora în obligații de rezultat, precum obligația de diligență și prudență, este invalidă.

În dreptul român, părțile pot limita convențional răspunderea administratorului pentru neîndeplinirea obligației de diligență și prudență, care este o obligație de mijloace, însă nu și pentru încălcarea obligației de loialitate. Îmbrățișăm opinia doctrinară care a expus imposibilitatea înlăturării complete a răspunderii contractuale, adică în ceea ce privește orice act de administrare¹²². O asemenea clauză statutară ar putea opera și cu privire la prejudiciile cauzate de administrator printr-un act sau fapt unui terț, care are în mod excepțional posibilitatea de a se îndrepta direct contra administratorului pentru repararea prejudiciului. Pentru a fi valide, apreciem că aceste clauze statutare ar trebui să privească chestiuni specifice.

Clauzele statutare nu pot opera pentru înlăturarea unor principii de ordine publică, precum înlăturarea răspunderii pentru fraudă, culpă gravă sau dol. În plus, nu se va putea înlătura principiul solidarității membrilor organelor de administrare, care răspund pentru fapta proprie și potrivit culpei fiecăruia. Totuși, după producerea prejudiciului și a nașterii dreptului

¹²¹ A se vedea Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I., *op. cit. supra* 1050, pp. 311-312.

¹²² Numită în dreptul comparat *de mutual indemnification* A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 1048, p. 28.

la reparație, societatea poate renunța la principiul solidarității, potrivit art. 1453 Cod Civil, însă codebitorul solidar care beneficiază de renunțarea la solidaritate „rămâne ținut pentru partea sa atât față de creditor, cât și față de ceilalți codebitori în cazul regresului acestora din urmă”.

Sanctiunea pentru derogarea convențională de la principiile de ordine publică, respectiv prin clauze statutare, hotărâre AGA ori clauze incluse în contractul de administrare este nulitatea absolută, clauzele fiind considerate nescrise¹²³.

330. (ii) O altă cauză de exonerare este autorizarea *ex ante* pentru anumite tipuri de conduită din partea adunării acționarilor, respectiv înainte de comiterea actului sau a faptei care determină angajarea răspunderii. Legitimitatea și efectele acestei aprobării sunt omogene în dreptul continental în ceea ce privește aplicabilitatea obligației de diligență și prudență, când aprobarea din partea adunării generale a acționarilor sau a consiliului de supraveghere este valabilă. Aprobarea exploataării oportunității de afaceri de către administrator este valabilă în majoritatea statelor membre, iar solicitarea aprobării în ceea ce privește încheierea unor operațiuni determinate este un aspect comun. În ceea ce privește încălcarea obligației de loialitate în sens clasic, exonerarea convențională nu este acceptată, conflictele de interese fiind reglementate în general de norme imperative. În majoritatea statelor, aprobarea *ex ante* pentru încheierea unei operațiuni în conflict de interese este de competența adunării generale, chiar și în societățile pe acțiuni administrate în sistem dualist. În statele de tradiție germană, legea prevede în mod expres că autorizarea *ex ante* nu afectează drepturile creditorilor de a obliga societatea la recuperarea prejudiciilor cauzate de administratori cu încălcarea unei obligații fiduciare, însă în majoritatea statelor nu am identificat o asemenea regulă scrisă de protecție a creditorilor¹²⁴. Autorizarea *ex ante* este o practică născută în *common law*, unde în mod tradițional, administratorii sunt reprezentanții acționarilor, ale căror interese sunt obligați să le apere. Așadar, libertatea contractuală se extinde și în domeniul conflictelor de interese. În sistemul de drept civil,

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 183. Art. 84(5) din Legea austriacă a societăților pe acțiuni și art. 93(5) din Legea germană a societăților pe acțiuni.

observăm însă norme imperative și proceduri clare pentru aprobarea încheierii unor operațiuni în conflict de interese.

331. (iii) A treia cauză de exonerare a răspunderii se prezintă în statele membre UE sub forma ratificării *ex post* a actelor administratorului. Mecanismul ratificării este prevăzut și în dreptul român, pentru depășirea puterilor mandatului conferit, sau, sub forma unei declarații de renunțare la dreptul de recuperare a prejudiciului. Mecanismul ratificării este reglementat în majoritatea statelor membre.

În general, condițiile dezvoltate de jurisprudență sau prevăzute de lege pentru validitatea ratificării sunt similare. În primul rând, ratificarea sau renunțarea la pretenții trebuie să fie rezultatul unei hotărâri a adunării generale, iar acționarii trebuie să fi fost informații complet și în mod corect despre decizia supusă aprobării și despre efectele acesteia. În al doilea rând, statele prevăd termene de prescripție sau termene suspensive care afectează validitatea ratificării. În al treilea rând, se vor aplica regulile privitoare la majoritate, la *cvorum* și obiecțiunile acționarilor minoritari. În general, ratificarea nu afectează dreptul acționarilor minoritari de a introduce o acțiune *ut singuli*, nici drepturile creditorilor de a-și recupera prejudiciul cauzat prin decizia ratificată ori de a solicita deschiderea procedurii insolvenței. În jurisdicțiile de *common law*, ratificarea sau declarația de renunțare la pretenții poate proveni doar de la acționari, ale căror interese sunt apărate de administratori și nu se aplică reguli speciale de protecție a acționarilor minoritari sau a creditorilor¹²⁵.

332. (iv) Majoritatea jurisdicțiilor de drept civil nu prevăd reguli referitoare la indemnizarea administratorilor pentru prejudiciile cauzate terților sau pentru cheltuielile de judecată suferite în urma acțiunilor promovate de terți, deoarece legea permite răspunderea excepțională a administratorilor față de terți, după cum este cazul și în dreptul român. În Cipru și în Irlanda, legea prevede că societatea poate rambursa administratorului cheltuielile de judecată avansate în cazul în care instanța nu angajează răspunderea acestuia, iar în Luxemburg, această indemnizație este permisă în toate cazurile cu excepția actelor comise cu intenție, neglijență gravă sau care sunt sancționabile penal. În mod similar, instanțele

¹²⁵ De exemplu secțiunea 239 *UK Companies Act 2006*.

britanice constată inaplicabilitatea clauzelor de indemnizare care acoperă costurile sancțiunilor pecuniare de natură administrativă sau amenzile penale în cazul condamnării administratorului pentru săvârșirea unei fapte penale în legătura cu funcția acordată.

333. (v) Asigurarea de răspundere profesională este prevăzută în toate statele membre UE, fiind uneori criticată deoarece limitează expunerea legitimă a administratorilor la angajarea răspunderii pentru propriile fapte, diminuând efectul preventiv al normelor legale referitoare la răspundere, în special în cazurile în care primele de asigurare sunt achitate de societate printr-o asigurare comună, descurajând îndeplinirea obligațiilor fiduciare. În prezent, asigurarea de răspundere profesională a fost acceptată de practică având în vedere utilitatea acesteia, facilitând atragerea administratorilor calificați prin limitarea expunerii lor la plata unor daune ridicate pentru deciziile de afaceri. Utilitatea răspunderii de asigurare profesională se dovedește în jurisdicțiile în care răspunderea administratorului se angajează chiar și în cazul acționării cu bună-credință¹²⁶. În majoritatea statelor europene, societatea este parte în contractul de asigurare și achită primele de asigurare.

Potrivit dispozițiilor art. 153 ind. 12 alin. 4 LS, administratorii, membrii directoratului și ai consiliului de supraveghere trebuie să încheie o asigurare de răspundere profesională ulterior numirii, obligație extinsă și directorilor prin prevederile art. 152 LS. Această obligație a fost introdusă în urma abrogării obligației de garanție a administratorului societății de capitaluri, prevăzută în varianta inițială a Legii nr. 31/1990. Potrivit art. 140 din varianta anterioară a legii, fiecare administrator SA era obligat să depună o garanție pentru mandatul său, în cuantumul prevăzut de actul constitutiv sau de hotărârea AGA. Potrivit legii, această obligație nu incumbă și administratorilor SRL, însă aceștia pot încheia facultativ o astfel de asigurare.

Obligația de a încheia o asigurare de răspundere profesională reprezintă, pe de-o parte o măsură de protecție a societății față de prejudiciile pe care le-ar putea cauza un administrator nepăsător sau neglijent, societatea având posibilitatea reală de a-și recupera o parte sau chiar tot prejudiciul

¹²⁶ A se vedea Beuerle, C. et al., *studiu precitat supra* 884, p. 184.

produs. Totodată, aceasta reprezintă și o măsură de protecție a administratorului, care răspunde de obicei în limita sumei asigurate. Observăm că legea prevede doar obligația încheierii asigurării de risc profesional și existența asigurării pe durata mandatului, fără să menționeze un termen limită sau o sumă minimă a riscului asigurat. Legea nu prevede nici obligația administratorului de a dovedi față de terți încheierea asigurării, însă doctrina menționează că această dovadă se poate face printr-un certificat emis de cenzorii societății, care constată încheierea asigurării profesionale, certificat care se va depune la ORC odată cu specimenul de semnătură al administratorului¹²⁷. Totuși, potrivit art. 143 ind. 2 LS, obligativitatea depunerii specimenelor de semnătură la ORC incumbă doar persoanelor împuternicite să reprezinte societatea și membrilor directoratului. Apreciem că membrii consiliului de administrație SA în sistem unitar și membrii consiliului de supraveghere, care nu au puteri de reprezentare, au, potrivit legii, aceeași obligație de a-și asigura riscul profesional, iar față de societate, beneficiarul real al riscului asigurat, dovada se poate face prin simpla prezentare a contractului de asigurare sau a poliței.

Având în vedere caracterul legal al acestei obligații, neîndeplinirea acesteia va angaja răspunderea delictuală a administratorului și suportarea în nume personal a daunelor produse prin conduita neglijentă. Ne alăturăm observației doctrinare potrivit căreia, societatea, în calitate de beneficiar al asigurării încheiate, este cea care decide asupra oportunității sancționării persoanelor care au obligația încheierii asigurării de risc profesional. Lipsa încheierii asigurării nu împiedică exercitarea funcției sau îndeplinirea atribuțiilor de către administrator și nici validitatea actelor sale de gestiune. Doctrina apreciază că, fiind titularul poliței de asigurare, administratorul este cel care are obligația achitării primei de asigurare¹²⁸. În urma unui studiu efectuat în rândul contractelor de asigurare oferite de opt societăți de asigurare-reasigurare de pe piața românească, observăm că, în general, acestea oferă polițe care se încheie de către societate pentru toți administratorii,

¹²⁷ Angheni, S., Voloniciu, M., Stoica, C.: *Drept comercial*, ediția a 4-a, Ed. All Beck, București, 2008, p. 181.

¹²⁸ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, p. 123.

membrii directoratului, membrii consiliului de supraveghere și directorii executivi ce dețin aceasta funcție pe durata perioadei de asigurare¹²⁹.

334. Apreciem că în lipsa unor prevederi legale contrare, asigurarea de risc profesional poate acoperi orice prejudicii financiare cauzate din culpă, respectiv prin eroare, neglijență sau omisiune, prin acte decizionale eronate ale persoanelor asigurate. În plus, această asigurare acoperă de obicei cheltuielile de judecată ale persoanelor asigurate în procesul civil, însă nu acoperă amenzi, penalități și daune multiple. Din studiul efectuat, rezultă că societățile de asigurare-reasigurare din România nu depășesc în principiu suma de 200.000 Euro pentru plafonul asigurat pe eveniment sau pe perioada asigurată.

Asigurarea de răspundere profesională acoperă în general prejudiciile cauzate prin încălcarea obligației de diligență și prudență. Observăm că în contractele de asigurare se prevede adesea obligația administratorului de a acționa cu bună-credință, o obligație imperativă de la care părțile nu pot deroga convențional. Deși obligația de loialitate reprezintă o obligație de rezultat, am observat că prejudiciile rezultate din încălcarea acesteia vor putea fi acoperite de asigurare, precum abuzul de încredere sau încălcarea obligației de informare.

Considerăm că asigurarea de risc profesional nu reprezintă o veritabilă limitare sau înlăturare a răspunderii administratorilor, ci dimpotrivă, în urma angajării răspunderii civile delictuale sau contractuale, și a stabilirii prejudiciului, va acoperi prejudiciul cert suferit de societate și stabilit de instanță. Această asigurare reprezintă o limită improprie a răspunderii, deoarece nu împiedică angajarea răspunderii și sancționarea patrimonială a administratorului, spre deosebire de clauzele statutare de limitare sau înlăturare a răspunderii, care au un efect exonerator cu privire la încălcarea obligațiilor sau la faptele prevăzute convențional. În aceste ultime cazuri, am menționat că nu se va angaja răspunderea administratorului, iar prejudiciul material va fi suportat de societatea care și-a asumat voluntar riscul săvârșirii acelor acte. În ipoteza încheierii unei

¹²⁹ A se vedea societățile Omniasig, Gothaer, Groupama, Certasig, Allianz-Țiriac, Asigurări Pitești, EuroAsig, Astra Asigurări.

asigurări profesionale, în cazul angajării răspunderii, prejudiciul cauzat societății va fi suportat tot de către administrator, prin asigurătorul său.

4.1. Înlăturarea răspunderii obiective

335. În ceea ce privește cauzele de exonerare a răspunderii administratorului, se vor aplica dispozițiile generale de drept comun prevăzute în art. 1351 Cod Civil, respectiv forța majoră și cazul fortuit. Doctrina apreciază că se pot adăuga și fapta celui prejudiciat și fapta terțului¹³⁰. Aceste cauze exoneratoare de răspundere exclud existența raportului de cauzalitate. În ceea ce privește forța majoră, se va verifica îndeplinirea condițiilor cumulative pentru existența acesteia, respectiv caracterul extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil¹³¹. Pentru stabilirea cazului fortuit, se vor verifica împrejurările externe sau interne care au determinat această cauză, precum vicii ascunse, defecte de fabricație ale unei instalații de producție, dezastrele naturale sau precipitațiile abundente. Apreciem că atât forța majoră, cât și cazul fortuit, vor putea opera drept cauze exoneratoare de răspundere dacă prin conduita sa, administratorul nu a facilitat apariția acestor evenimente. Doctrina a adăugat și alte circumstanțe împrumutate din dreptul comun, care înlătură caracterul ilicit al faptei, cum ar fi starea de necesitate, îndeplinirea unei activități impuse sau permise de lege sau exercitarea unui drept¹³².

O altă cauză de nerăspundere poate fi ordinul autorității ierarhice, respectiv hotărârea adunării generale sau decizia consiliului de administrație ori decizia consiliului de supraveghere, de la care administratorul nu se poate abate și pe care trebuie să le îndeplinească întocmai¹³³. Potrivit dispozițiilor art. 73 alin. 1 lit. d LS, administratorii sunt solidar răspunzători pentru „exacta îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale”. Totuși, această cauză de exonerare operează doar dacă hotărârea adunării generale, sau în cazul delegării de atribuții, decizia consiliului de administrație ori a consiliului de supraveghere, nu este vădit nelegală. În caz

¹³⁰ A se vedea Cărpenu, S. D., *op. cit. supra* 1049, p. 228 și Todică, C., *op. cit. supra* 1054, p. 103.

¹³¹ A se vedea Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I., *op. cit. supra* 1050, pp. 441-445.

¹³² Bîrsan, C., Dobrinou, V., Țiclea, A., Toma, M., Tufan, C.: *Societățile comerciale – organizarea, funcționarea, răspunderea, obligațiile fiscale*, vol. I, Ed. Șansa, București, 1995, pp. 334-338.

¹³³ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, p. 104.

contrar, membrii consiliului de administrație și membrii directoratului au posibilitatea promovării acțiunii în anularea hotărârii AGA considerată nelegală sau cu încălcarea prevederilor actului constitutiv. Așadar, în cazul unei hotărâri nelegale sau nestatutare, ordinul autorității ierarhice nu va opera ca o cauză exoneratoare.

Am analizat pe larg principiul solidarității administratorilor în capitolul II, principiu care operează indiferent dacă administratorii sau membrii consiliului de supraveghere lucrează și decid împreună sau separat într-un caz concret. Având în vedere faptul că obligațiile lor sunt în principiu similare, iar patrimoniul administrat este același și încrederea celor care dețin capitalul este oferită organului colegial în ansamblu, creditorul are posibilitatea să îl aleagă pe acela dintre codebitorii solidari care este mai solvabil¹³⁴. Chiar și în cazul exercitării separate a atribuțiilor în cadrul organului colegial, societatea se poate îndrepta împotriva oricăruia dintre administratori, prejudiciul fiind ulterior repartizat între ei potrivit culpei fiecăruia. Totuși, consiliul de administrație nu va putea obliga un membru insolubil să își asume deciziile prejudiciabile¹³⁵. Având în vedere caracterul legal al regulii solidarității răspunderii membrilor consiliului de administrație, prezumția poate fi răsturnată doar prin dovada existenței unor obligații distincte pentru fiecare administrator în parte. În consecință, acest mecanism răstoarnă sarcina probei, iar persoanele chemate în garanție vor avea obligația dovedirii culpei exclusive a administratorului chemat în judecată. Răspunderea solidară nu este înlăturată nici măcar prin autoritatea de lucru judecat dintr-o hotărâre penală prin care s-a stabilit în soluționarea laturii civile a procesului penal răspunderea administratorilor față de societate¹³⁶.

Pentru înlăturarea răspunderii solidare, membrul consiliului de administrație sau al consiliului de supraveghere trebuie să dovedească lipsa vinovăției sale, respectiv depunerea diligențelor și a prudenței necesare pentru evitarea sau limitarea prejudiciului produs, lipsa cunoștinței sale despre existența faptei ilicite sau raportarea acesteia de îndată ce a aflat despre ea. În aceste cazuri, se va verifica dacă membrii consiliului de

¹³⁴ Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 3643/03.12.2008, citată în Revista Dreptul nr. 10/2010, pp. 229-230.

¹³⁵ A se vedea Bodu, S. V., *art. precitat supra* 1048, p. 29.

¹³⁶ Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 1187/26.03.2014.

administrație SRL sau ai unei SA administrată în sistem unitar lucrează împreună sau separat, potrivit clauzei statutare incluse conform art. 7 lit. e sau art. 8 lit. g ind. 1 LS. Dificultățile sunt relevate pe tărâm probatoriu, în cazul în care administratorii lucrează împreună, aceștia vor trebui să probeze opoziția formulată cu privire la decizia luată de organul colegial cu ocazia deliberării sau a votului și consemnarea opoziției lor, deoarece abținerea de la vot nu determină automat exonerarea lor.

În cazul în care administratorii lucrează separat, fiecare are propria obligație de a depune diligențe, de a fi prudent și de a observa activitățile celorlalți membri ai consiliului. Membrii consiliului de administrație ori ai consiliului de supraveghere răspund pentru fapta prejudiciabilă a unuia dintre membri în lipsa îndeplinirii obligației lor de monitorizare, de exemplu prin verificarea registrului deliberărilor prevăzut de art. 177 alin. 1 lit. c LS.

Pentru a beneficia de efectele desolidarizării, administratorul va trebui să depună în avans diligențe pentru consemnarea opoziției sale față de decizia majorității membrilor consiliului de administrație în registrul deciziilor consiliului de administrație și să informeze auditorii interni și auditorul financiar sau cenzorii, potrivit dispozițiilor art. 144 ind. 2 alin. 5 LS. Acest mecanism prevăzut de lege pentru înlăturarea răspunderii administratorilor reprezintă totodată un mijloc de protecție al societății administrate, deoarece entitatea va beneficia de relevarea faptei prejudiciabile de către administratorul care va informa cenzorii sau, după caz, auditorii, despre faptele prejudiciabile. Această opoziție este o expresie a obligației de loialitate, deoarece administratorul va fi încurajat să informeze cenzorii sau auditorii pentru a beneficia de exonerare și, totodată, va contribui la limitarea sau prevenirea unui prejudiciu.

Aceeași obligație de raportare incumbă administratorilor cu privire la neregularitățile săvârșite de predecesorii lor imediați, potrivit art. 144 ind. 2 alin. 4 LS, respectiv ei vor răspunde solidar cu administratorii din mandatul imediat anterior pentru faptele lor prejudiciabile care au efect în mandatul curent. Obligația de raportare este extinsă de art. 153 ind. 2 alin. 6 LS și membrilor directoratului SA administrate în sistem dualist, însă nu se reflectă și asupra membrilor consiliului de supraveghere, solidaritatea cu predecesorii fiind de natura actelor de administrare și nu a activității de supraveghere. Această răspundere nu va opera automat, ci se vor verifica diligențele administratorului de a cerceta actele și faptele predecesorilor,

cunoștința membrilor organului de administrare despre fapta prejudiciabilă, dacă decizia a fost una individuală sau colegială, consemnările din registrul ședințelor și deliberărilor consiliului.

Apreciem că înlăturarea răspunderii administratorilor sau a membrilor consiliului de supraveghere se impune în cazul în care aceștia nu au avut cunoștință despre fapta prejudiciabilă sau despre conflictul de interese al unui alt membru al organului colegial, deși au depus diligențele necesare pentru a se informa în mod corespunzător, cu atât mai mult dacă nu au participat la deliberări sau la luarea deciziei. Majoritatea statelor membre UE au îmbrățișat principiul solidarității în ceea ce privește răspunderea membrilor organelor colegiale și doar șapte state au optat pentru răspunderea divizibilă a membrilor consiliului de administrație¹³⁷.

4.2. Înlăturarea răspunderii subiective

336. Regula judecății de afaceri este privită de doctrina română ca o cauză de exonerare a răspunderii administratorilor¹³⁸. Aceasta se va aplica dacă un administrator ia o decizie de afaceri cu diligență și prudență, nu are nici un interes personal, se informează în mod rezonabil cu privire la obiectul și efectele deciziei de afaceri și apreciază cu bună-credință că decizia este în interesul societății. Administratorul nu va fi obligat să repare prejudiciul produs societății prin decizia de afaceri defectuoasă, dar de bună-credință, urmând ca efectele materiale ale erorii de administrare să fie suportate de societatea ai cărei acționari și-au asumat riscul de afaceri prin numirea mandatarului. Pentru a nu ne repeta, facem referire la ultima secțiune a capitolului II, unde am explicat motivele pentru care aderăm opiniei de *common law* care consideră că principalele consecințe ale aplicabilității regulii ar trebui să fie răsturnarea sarcinii probei și instituirea prezumției de diligență și prudență a administratorului în luarea deciziei de afaceri.

În viziunea noastră, regula judecății de afaceri nu reprezintă nici în dreptul român o cauză de exonerare, deoarece îndeplinirea condițiilor

¹³⁷ Bodu, S. V., *art. precitat supra* 1048, p. 36. Austria, Danemarca, Finlanda, Franța, Polonia, Slovacia, Spania.

¹³⁸ A se vedea Todică, C., *op. cit. supra* 1054, pp. 109-111 și Bercea, L.: *Noi standarde de comportament de afaceri? Business judgment rule și răspunderea administratorilor pentru insolvența societăților comerciale*, Curierul Judiciar nr. 7/2014, p. 415.

regulii determină neîndeplinirea condițiilor răspunderii civile. Regula judecătii de afaceri reprezintă un caz în care, în ciuda unei forme de culpă ușoară, răspunderea nu se va angaja, ci regula va determina ineficacitatea norme juridice referitoare la răspundere. Având în vedere neîndeplinirea condițiilor culpei, normele legale privind răspunderea nu vor fi aplicabile, iar administratorul nu va fi obligat să repare prejudiciul produs prin decizia de afaceri defectuoasă, dar de bună-credință. Din aceste considerente, privim regula ca pe o cauză obiectivă de înlăturare a răspunderii.

5. Remarci conclusive

337. În prezent, jurisprudența nu este unitară cu privire la natura juridică a răspunderii civile a administratorului, însă în principiu, administratorii răspund față de societate pentru neîndeplinirea obligațiilor izvorâte din contractul de mandat, potrivit regulilor specifice răspunderii civile contractuale, și pentru nerespectarea obligațiilor legale, potrivit regulilor specifice răspunderii civile delictuale. În abordarea legală actuală, acțiunea în răspundere aparține persoanei juridice, aceasta fiind cea care suferă prejudiciul faptei culpabile săvârșite de membrul organului de administrare. Promovarea acțiunii în răspunderea administratorilor este hotărâtă de adunarea generală a societății, iar legea specială prevede și o acțiune în despăgubiri care poate fi introdusă de acționarii minoritari în contul persoanei juridice, în cazul refuzului sau al pasivității adunării generale. Spre deosebire de legea specială, dreptul comun nu prevede ipoteza în care AGA refuză formularea acțiunii în răspunderea administratorilor.

Acțiunea în răspunderea administratorilor reprezintă un model mai simplu și mai clar față de acțiunea *ut singuli*, deoarece este expresia voinței acționarilor, care au interese comune și aceleași așteptări de la soluția pronunțată de instanță. În plus, recuperarea prejudiciului profită tuturor și prejudiciul este indivizibil, fiind recuperat în contul societății. Atât în cazul sistemului unitar, cât și în cazul sistemului dualist, normele legale se dovedesc a fi insuficiente pentru a asigura un proces decizional transparent în ceea ce privește angajarea răspunderii unuia dintre membrii organelor de administrare. Deși criteriul răspunderii agravate pentru care a optat legiuitorul român, respectiv *culpa levis in abstracto*, reprezintă un standard

mai strict al profesionistului cu abilități specifice, solicitările de reparare a prejudiciului social sunt destul de rare, din cauza obstacolelor de natură procedurală și funcțională întâmpinate de acționarii minoritari ai societăților *in bonis*. Apreciem că elementele acțiunii derivative ar trebui adaptate în sensul eficientizării acesteia. În primul rând, pragul minim al numărului de acțiuni ar trebui redus la 5% din capital în dreptul continental, potrivit recomandărilor la nivel european, pentru a crește motivația acționarilor minoritari de a introduce acțiunea, iar riscul litigiului ar trebui alocat în mod proporțional pentru a depăși reticența rațională a acționarilor minoritari.

Spre deosebire de caracterul reparator care este de esență răspunderii patrimoniale, răspunderea nepatrimonială exprimată prin mecanismul revocării are un caracter sancționator, fiind o limită improprie a răspunderii civile a administratorului, însă nu exclude și recuperarea prejudiciilor cauzate prin actele și faptele de gestiune.

În privința cauzelor de limitare a răspunderii, subliniem faptul că obligația de loialitate nu poate fi înlăturată sau limitată convențional, iar loialitatea este privită ca element al bunei-credințe, prezumată de Codul Civil.

Concluzii

338. Prezenta cercetare se fundamentează pe analiza comparativă a legislației, a doctrinei și a jurisprudenței în jurisdicțiile cu o practică bogată în materia obligațiilor fiduciare și în câteva state cu istorie și cultură juridică similare dreptului român. Printr-o culegere de decizii, lucrarea încearcă să contureze modelul de conduită al administratorului social, dintr-o perspectivă practică și pragmatică.

Constatăm că tendința europeană în dreptul societăților este convergența funcțională a standardelor de conduită și flexibilizarea acestora, iar instituțiile individuale se dezvoltă într-o simetrie cu cele din jurisdicțiile de inspirație a legiuitorilor. În vreme ce precedentul judiciar a început să capete importanță tot mai mare în sistemul de drept civil, în jurisdicțiile de *common law* din Europa, tendința legiuitorului spre codificarea practicilor jurisprudențiale și a regulilor de *soft law* este vizibilă. În ciuda omogenității dreptului material, standardele de evaluare se prezintă într-o arhitectură variabilă, la fel ca și sistemul sancționator și remediile. Diferențele abordărilor *ex post* se manifestă în atingerea diferită a funcției preventive a obligațiilor fiduciare, în stabilirea culpei și a sarcinii probei.

Presiunea legiuitorului european pentru armonizarea legislațiilor naționale ale statelor membre UE a fost o oportunitate de confruntare a tradițiilor de drept continental și de *common law*. Apreciem că importurile legislative nu ar trebui privite de doctrină și de legiuitori ca exemple de succes sau eșecuri ale evoluției dreptului, deoarece transpunerile perfecte într-un sistem de drept de tradiție nu sunt posibile și nici dezirabile, iar importul unei reguli sau a unei instituții nu exprimă fezabilitatea importului unui întreg sistem. Constatăm oportună preluarea unor mecanisme construite de sisteme cu jurisprudență bogată, care au explorat deja anumite instituții care se impun în realitățile economice și a căror abordare este solicitată legiuitorului sau instanțelor.

În ciuda unor incompatibilități funcționale pentru transpunerea fidelă a unor instituții între sisteme, apreciem că în prezent, majoritatea instituțiilor de drept material sunt suficient de diluate încât să permită o convergență, care este uneori inițiată, alteori încurajată de instituțiile europene. Apreciam că similitudinile contrabalansează diferențele dintre cele două sisteme de drept, diferențe care sunt preponderent de natură procedurală, și care permit adaptarea unei instituții sau împrumutarea unor elemente valoroase care pot îmbogăți o instituție de drept preexistentă.

339. În urma analizei etimologice și istorice a termenilor relevanți prezentată în **primul capitol**, am constatat că în sistemul de drept civil, dreptul contractelor oferă auspiciile cele mai potrivite teoriei obligațiilor fiduciare, iar încrederea, elementul central al relației fiduciare, este îmbrăcată în contractul de mandat, care îi conferă forță juridică. În *common law*, care derivă teoria obligațiilor fiduciare din exercițiul dreptului de proprietate, formularea încrederii va fi negociată de către părți. Cercetând fundamentele și raționamentele obligațiilor fiduciare, am constatat importanța deosebită a diferențierii între caracterul rezonabil și caracterul rațional al unei decizii de afaceri.

340. În **capitolele II-IV**, care tratează pe larg obligațiile fiduciare din perspectiva *common law* și a dreptului continental, am demonstrat că trăsăturile funcționale sunt fundamentate în ambele sisteme pe valori originare din dreptul roman și pe principiile moralității și ale bunei-credințe pentru realizarea obiectivului de a crea obligații previzibile. În urma unei analize comparative normative și jurisprudențiale, am constatat că jurisprudența continentală nu a diferențiat încă în mod clar între standardele de conduită și standardele de evaluare, ultimele fiind deosebit de diversificate.

În dreptul continental, obligația de diligență și prudență este reglementată fragmentar, fiind adesea derivată din dreptul comun. Studiul evoluției jurisprudențiale relevă actualitatea conflictului latent între aplicabilitatea obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate, reclamanții fiind interesați să probeze încălcarea mai multor obligații fiduciare prin același comportament defectuos al administratorului. Totodată, administratorii pârâți se apără prin invocarea unei conduite loiale

și caracterizată de bună-credință, încercând restrângerea ariei de aplicare a loialității și expansiunea înțelesului diligenței și prudenței pentru a beneficia de avantajele atașate acestei obligații fiduciare, precum regula judecății de afaceri sau eventuale clauze statutare sau contractuale de înlăturare sau limitare a răspunderii. Riscul implicat este subsumarea unui număr mare de obligații subsidiare ale diligenței și prudenței în categoria loialității, sub pretextul imposibilității existenței unui comportament cu adevărat loial fără a respecta obligația de diligență și prudență. Apreciem că instanțele ar trebui să traseze o linie clară între sferele de aplicare a celor două obligații fiduciare, fără a pierde din vedere intervenția regulii judecății de afaceri. Fundamentarea noțiunii de loialitate în dreptul societar prin asimilarea influențelor sociale, normative și istorice, va conduce la aprecierea deplină a potențialului loialității.

341. Apreciem că echivalarea conflictului de interese cu încălcarea obligației de loialitate reprezintă o viziune îngustă, deoarece singura diferență dintre încălcarea obligației de loialitate și încălcarea obligației de diligență și prudență ar fi reprezentată de existența unui act de trădare a încrederii. Formularea exprimă în mod acurat cerința minimă a loialității, dar sugerează impropriu că această obligație ar fi așteptată doar în situațiile existenței unei tentații materiale. Apreciem binevenită tendința jurisprudenței actuale de *common law* de a extinde încălcarea obligației de loialitate la cazurile în care administratorii nu reușesc să demonstreze un devotament afirmativ față de bună-starea beneficiarului. Dualitatea dimensiunii obligației de loialitate este evidențiată de elaborarea conceptului de corectitudine și echitate și de standardul de evaluare aferent, îndeplinit prin demonstrarea unei atitudini de avansare a intereselor societății.

Deși diferențele între abordările obligațiilor fiduciare în *common law* și în sistemul de drept civil nu sunt de esență, ci derivă din izvoarele lor diferite, constatăm că ambele sisteme au împrumutat principii și elemente din alte ramuri de drept pentru elaborarea obligațiilor fiduciare din guvernanta corporativă. Principala diferență este în privința categoriei beneficiarilor primari ai obligațiilor fiduciare. În vreme ce în *common law*, beneficiarii sunt acționarii/asociații, în sistemul de drept civil, obligațiile fiduciare sunt în general datorate societății administrate, ale cărei interese

trebuie să primeze. Având în vedere deschiderea manifestată de ambele sisteme de drept în direcția absorbirii influențelor compatibile din alte jurisdicții, natura diferită a sistemelor de drept a pierdut din importanță practică la nivelul dreptului material.

În vreme ce reglementarea și formulările jurisprudențiale ale standardului de diligență sunt în mare măsură omogene în rândul statelor membre UE, abordarea conflictelor de interese se prezintă într-o gamă diversă. O posibilă explicație ar fi aceea că, în procesul de absorbție a instrumentelor din *common law*, obligațiile fiduciare au fost construite pe fundamente distincte ale dreptului privat, precum contractul de mandat sau alte construcții juridice care incorporau deja noțiunile de încredere și loialitate în dreptul național. Datorită eterogenității sale, obligația de loialitate nu a avut parte în toate sistemele de drept de articularea unor reguli specifice care să enumere în mod exhaustiv circumstanțele în care această obligație fiduciară este încălcată, dar jurisprudența a particularizat expresii ale loialității din limbajul uzual. Loialitatea rămâne o normă socială și morală și un standard legal care nu poate fi redus la o singură regulă. În majoritatea statelor europene, obligația de loialitate reprezintă un standard de conduită obiectiv, care acoperă toate situațiile care implică un conflict între părțile interesate, spre deosebire de buna-credință, care are puternice încălcări subiective.

Arhitectura normativă urmărește în mare măsură structurile de administrare prezente în UE, în sistem unitar sau dualist. Studiul comparativ al guvernantei corporative la nivelul statelor membre a concluzionat că uneori, simpla realocare legală a puterii decizionale către un organ de supraveghere pentru evaluarea operațiunilor între societate și un membru al consiliului de administrație poate înlocui reglementarea legală a conflictului de interese. Observăm că per ansamblu, o definiție vastă a conflictului de interese oferă mai multă flexibilitate și transparență. Având în vedere faptul că prezumția de bună-credință este ușor de răsturnat, dar greu de susținut de către administratori, iar regula judecății de afaceri nu își găsește aplicabilitatea în cazurile de încălcare a obligației de loialitate, sistemul dualist asigură cea mai clară protecție a actelor încheiate de un administrator și susceptibile de conflicte de interese.

Eficiența reglementării exprese a oportunităților de afaceri depinde în primul rând de identificarea scopului exploatarei oportunității de către administratori și a condițiilor de utilizare a unei oportunități care aparține societății, respectiv informare sau aprobare *ex ante* de către un organ independent. În al doilea rând, identificarea caracterului real și actual al oportunității este o dimensiune importantă pentru stabilirea conduitei administratorului. În urma studiului soluțiilor din jurisprudența franceză timpurie cu privire la doctrina oportunităților de afaceri, constatăm importanța adaptării acestei doctrine la contextul legislativ și la structurile procedurale din alte sisteme de drept. În caz contrar, jurisprudența va opune rezistență unor importuri legale prea diferite de instituțiile fundamentale de drept privat. Tendința europeană este în sensul restrângerii noțiunii de concurență la cazurile din același domeniu de activitate ca și cel al societății administrate. Observăm că absența codificării oportunității de afaceri în mod expres sau prin subînțelegerea acesteia ca element al obligației de neconcurență, nu reprezintă lacune în aplicarea cazurilor de oportunitate. Elasticitatea legii se dovedește suficientă chiar și în cazurile în care jurisprudența nu este suficient de bogată.

342. Analiza doctrinară de drept continental relevă faptul că, spre deosebire de dreptul contractelor speciale, în care practicienii preferă să definească buna-credință prin excluderea unor elemente din domeniul vast de aplicare al acestei instituții, în guvernanta corporativă, încadrarea unei conduite sau a unei decizii de afaceri în câmpul de aplicabilitate al buneicredințe poate fi realizată mult mai tehnic. În esență, buna-credință în dreptul societar poate fi descrisă prin două concepte, și anume conceptul de bază al instituției și descrierea obligațiilor care compun și chiar definesc această noțiune.

În urma analizei concepției de bază, apreciem faptul că buna-credință ar trebui privită ca o obligație fiduciară distinctă și legiferată ca atare, ca o instituție care înglobează loialitatea, din mai multe considerente. În primul rând, am revelat o serie de situații în care conduita necorespunzătoare a administratorilor excedă câmpul de aplicare al obligațiilor fiduciare clasice. În al doilea rând, regulile de limitare a obligațiilor tradiționale se dovedesc inaplicabile în situațiile guvernate de buna-credință. Un administrator nu va

răspunde pentru încălcarea obligației de diligență și prudență, chiar dacă acționează neglijent, deoarece conduita sa va fi protejată de regula judecătii de afaceri, de criteriul neglijenței grave sau de clauze statutare de exonerare. În cazul obligației de loialitate, operațiunile în conflict de interese pot fi sustrase evaluării judiciare efective dacă sunt aprobate de administratorii independenți.

În al treilea rând, buna-credință funcționează ca fundament de principiu pentru articularea unor noi obligații fiduciare specifice. Menționăm în acest sens principiul potrivit căruia, administratorul este obligat să nu determine în cunoștință societatea să încalce legea, chiar dacă în urma unei judecătii raționale, consecința previzibilă a încălcării legii este maximizarea dividendelor acționarilor și a profitului societății. Aceste scenarii nu pot fi absorbite de obligația de loialitate, deoarece obligația de a nu încălca legea trebuie să prevaleze instrucțiunilor primite de la acționari, fiind aplicabilă chiar și atunci când acționarii influențează administratorii să ia decizii contrare legii. Neîndeplinirea acestei obligații nu este nici o chestiune de diligență și prudență, prin omisiunea îndeplinirii obligației de a stabili sisteme interne de control, deoarece nu ar trebui supusă, ca oricare altă decizie de afaceri, protecției regulii judecătii de afaceri.

O altă caracteristică relevantă a instituției bunei-credințe în contextul argumentării existenței acesteia ca obligație fiduciară independentă este funcția sa supletivă și protectivă. În vreme ce în majoritatea contractelor, obligația de loialitate reprezintă doar o obligație accesorie obligației principale de a face, în cazul relației fiduciare, obligația de loialitate este principala obligație datorată. Numeroase state au codificat cele două obligații fiduciare tradiționale, obligația de loialitate fiind în general absorbită de buna-credință. Încercările de raționalizare a bunei-credințe în dreptul continental s-au materializat de multe ori prin formulări care exclud modalități ale conduitei necorespunzătoare. Dreptul francez păstrează per ansamblu abordarea tradițional subiectivă a bunei-credințe prin eliminarea situațiilor de rea-credință, funcția dominantă a bunei-credințe în materie contractuală fiind funcția interpretativă a acesteia. Dreptul german privește obligația de loialitate ca pe o versiune mai strictă a bunei-credințe, în vreme ce abordarea jurisprudențială americană a bunei-credințe contractuale

presupune raportarea acestui concept la percepția unui grup-țintă, din domeniul din care provine litigiul respectiv. Diferența principală care oprește o convergență în materia obligației de loialitate este faptul că, în jurisprudența de *common law*, aceasta înglobează buna-credință, în vreme ce în dreptul continental, obligația de loialitate reprezintă o componentă esențială a bunei-credințe.

343. Prin dezvoltarea *probei corectitudinii și a echității*, încrederea, ca centru de greutate al relației fiduciare, este înlocuită cu noțiunea de corectitudine, care poate fi redusă la un set de reguli procedurale. **Capitolul V** a fost dedicat analizei comparative a standardelor de evaluare, iar concluzia categorică este aceea că, toate standardele de evaluare sunt de fapt o aplicare, o derivare a probei corectitudinii și a echității sau a regulii judecătii de afaceri. Jurisprudența de drept continental relevă lipsa unei delimitări precise între standardele de conduită și standardele de evaluare. Instanțele tratează încălcarea obligațiilor fiduciare în baza interpretării aplicate a normei legale și prin calibrarea voinței părților, iar această aplicare a codificării *ex ante* ca pe un standard de evaluare conduce uneori la soluții inechitabile și injuste.

Jurisprudența secolului XX a înțeles că fiecare decizie de afaceri este unică în felul ei, iar interesele acționarilor și ale societății nu pot fi deservite prin analizarea amănunțită a conținutului deciziei administratorilor. Din aceste considerente susținem faptul că standardele de conduită transmise de lege trebuie să fie clare și simple și să reflecte valori intuitive, pe care actorii să le internalizeze fără a fi nevoie să cunoască în detaliu dreptul afacerilor. În schimb, standardele de evaluare se adresează organelor care aprobă deciziile de afaceri și instanțelor, acestea cunoscând legea aplicabilă sau fiind în poziția de a obține instruirea necesară pentru evaluarea deciziei de afaceri supusă aprobării.

În studiul jurisprudențial efectuat, am identificat anumite criterii care limitează răspunderea sau schimbă standardul de evaluare la un standard mai puțin strict. Votul acționarilor minoritari reprezintă o garanție a corectitudinii deciziei sau o cauză de reducere a standardului de evaluare, iar obținerea votului administratorilor independenți diminuează suspiciunile de conflict de interese. Utilitatea acestor criterii este dovedită de

faptul că jurisprudența a calibrat măsura în care instanțele își fundamentează soluțiile, prin coroborarea elementelor contextuale cu investigarea obiectivă a condițiilor externe.

Caracterul unic al regulii judecătii de afaceri ca standard de evaluare în *common law* este revelat de valoarea dublă a acesteia, ca prezumție în favoarea administratorilor și ca protecție a conținutului deciziei, atâta vreme cât reclamanții nu reușesc să răstoarne prezumția *prima facie* a îndeplinirii obligațiilor fiduciare de către administratori. În cazul în care reclamanții fac dovada lipsei de independență a administratorului, a unei conflict de interese sau prezintă suspiciuni rezonabile cu privire la depășirea puterilor, aplicarea regulii judecătii de afaceri este exclusă, iar instanțele vor recurge la proba corectitudinii și a echității. Statele membre UE abordează regula judecătii de afaceri ca standard de evaluare corelativ standardului de conduită, astfel încât în general, funcția principală a regulii este de a crea un standard de control mai puțin exigent decât standardul de conduită ideal creat de definiția comprehensivă a obligației de diligență și prudență.

În aplicarea concretă a standardelor de evaluare, constatăm că buna-credință operează ca un liant al acestora. Fiind o premisă indispensabilă a îndeplinirii fiecăreia dintre obligațiile fiduciare, o mare parte a doctrinei a apreciat că cele două obligații fiduciare clasice pot fi privite ca reprezentări ale bunei-credințe.

În dreptul continental se observă o evaluare similară a conduitei titularilor obligațiilor fiduciare, prin utilizarea acelorași criterii, însă standardele de evaluare nu sunt clasificate în funcție de existența unui conflict de interese, ci în funcție de rigiditatea acestora. Majoritatea statelor optează pentru standardul mixt sau pentru standardul obiectiv, iar pentru stabilirea sarcinii probei, criteriul relevant este reglementarea sau implicarea jurisprudențială a regulii judecătii de afaceri. Apreciem că în jurisdicțiile în care administratorul are sarcina inițială a probării diligenței și prudenței, regula judecătii de afaceri nu și-a atins încă obiectivul. Standardele referitoare la supravegherea afacerii și a responsabilității în urma delegării sunt dintre cele mai variate, iar soluțiile sunt în general imprevizibile. Regula judecătii de afaceri este singurul standard care împiedică o evaluare judiciară a conținutului deciziei de afaceri, în vreme ce celelalte standarde de

evaluare impun o analiză de o profunzime diferită. În lipsa unor standarde de conduită clare și a dezvoltării unor standarde de evaluare flexibile, administratorii se vor simți lipsiți de protecția legală și acționarii vor resimți tensiunea dezechilibrului dintre autoritate și putere. Astfel, aceștia din urmă vor opta mereu pentru revocarea administratorilor, ceea ce lipsește de valoare și de efect întreaga teorie a obligațiilor fiduciare.

344. Prezentarea obligațiilor fiduciare și a standardelor de evaluare în **capitolele II-V** este realizată în urma unui studiu al jurisprudenței naționale, pe care îl dorim exhaustiv, în ceea ce privește aplicarea regulii judecătii de afaceri și rolul bunei-credințe în analiza judiciară *ex post*. Observăm că în formula aleasă de legiuitorul român se regăsesc obligațiile subsidiare ale diligenței și prudenței expuse în analiza de drept comparat, dar și distincția dintre caracterul rezonabil și caracterul rațional al unei decizii de afaceri. Am constatat că instanțele aplică în primul rând criteriul obiectiv de apreciere a culpei, pe care îl completează cu elementele relevante în legătură directă cu circumstanțele deciziei de afaceri. Pentru a nu cădea în capcana angajării răspunderii administratorului ca urmare a reținerii culpei ușoare, apreciem că instanțele ar trebui să acorde o importanță mai mare previzibilității efectelor actului de gestiune ca și criteriu al neîndeplinirii culpabile a obligației de diligență și prudență. În deciziile studiate, am remarcat că instanțele efectuează o analiză atentă a raportului de cauzalitate și existenței unui prejudiciu cuantificabil pentru constatarea încălcării obligației de diligență și prudență, ceea ce explică lipsa jurisprudenței referitoare la despăgubiri acordate societății pentru câștigul nerealizat datorită conduitei necorespunzătoare.

Constatăm de asemenea că, instanțele rețin cumulat obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate, în ciuda faptului că în cazul unui conflict de interese tipic, în mod evident se încalcă doar obligația de loialitate. Sesizând în jurisprudența citată unele confuzii între cele două obligații fiduciare reglementate sau reținerea cumulată a încălcării acestora, ne întrebăm dacă validarea bunei-credințe din dreptul comun ca obligație fiduciară reprezintă o opțiune viabilă pentru prezent.

Deși reglementarea obligațiilor fiduciare a fost privită ca o modernizare a guvernantei corporative române, o parte a doctrinei naționale

a receptat importul regulii judecății de afaceri într-un mod critic. Considerăm că transplantul legislativ al regulii judecății de afaceri nu trebuie să reprezinte o mutare perfectă din sistemul de *common law* în sistemul de drept civil, strategie care nu ar fi doar imposibilă, dar și inefficientă. Apreciem că reglementarea expresă a regulii nu face decât să calibreze și să extindă eficiența acțiunii în recuperarea prejudiciilor cauzate de erorile de administrare. În primul rând, prin codificarea regulii, se subliniază natura obligației de mijloc a mandatarului social și se încurajează asumarea riscului de afaceri prudent. În al doilea rând, se clarifică imperativul evitării angajării răspunderii administratorilor în lipsa culpei grave, nu doar în cazul SRL, dar și în cazul SA, prin includerea regulii în capitolul IV al Legii. Anticipăm stabilizarea unei culturi de responsabilizare a administratorilor și de conștientizare a acționarilor/asociaților care vor fi mereu tentați să apeleze la pârgăria revocării administratorilor pentru erorile de gestiune, în locul analizei contextuale și circumstanțiale a deciziei și strategiilor pentru care aceștia au optat.

Apreciem că nu reglementarea în sine a regulii este problematică, ci adaptarea jurisprudențială a acesteia, crearea unui cadru legal unitar de aplicare și a unor directive clare a înțelegerii unei instituții transpuse dintr-un sistem de drept diferit. Dacă practica românească va reuși să susțină această absorbție, iar premisele jurisprudențiale și doctrinare sunt optimiste în acest sens, rolul administratorilor va fi unul de asumare a riscurilor prudente și o veritabilă expresie a capacității lor de a adopta în mod independent decizii și de a le implementa.

În ceea ce privește aplicarea actuală a regulii judecății de afaceri în jurisprudența română, observăm două aspecte. În primul rând, prin formularea unei acțiuni în răspunderea administratorului de către societate sau de către acționarii minoritari, în lipsa unei dispoziții legale contrare, sarcina probei *prima facie* va aparține reclamantului, ca în orice litigiu de drept civil, deci în aceeași configurație ca și în sistemul german.

În al doilea rând, spre deosebire de formularea originală din Delaware, regula judecății de afaceri nu instituie o prezumție de diligență și prudență a administratorului. Dimpotrivă, am arătat că, potrivit jurisprudenței actuale, criteriul diligenței unui *bonus pater familias* se aplică mai riguros în

litigiile cu profesioniștii, nivelul exigențelor este sporit, iar culpa administratorului este prezumată în cazul răspunderii contractuale. Nu doar că nu există o prezumție de diligență și prudență, dar legea instituie uneori chiar și o prezumție de fraudă a administratorului în dauna societății. Fiind o obligație de mijloace, încălcarea obligației de diligență și prudență trebuie dovedită în toate cazurile. Dacă reclamantul face această dovadă, sarcina probei ar trebui să se răstoarne, iar administratorul să fie obligat să dovedească diligența și caracterul rezonabil al deciziei de afaceri. Aplicarea jurisprudențială a mecanismului răsturnării sarcinii probei poate fi justificată prin argumente de fond și de procedură.

În dreptul român, obligația de loialitate este în mod inechivoc absorbită de buna-credință, care este prezumată, însă îndeplinirea sau încălcarea obligației de diligență și prudență, care include de asemenea elemente de bună-credință, va trebui dovedită. Având în vedere pârghia pe care legiuitorul a oferit-o în reglementarea bunei-credințe, respectiv prezumția îndeplinirii acesteia de către titularul obligațiilor fiduciare, ne întrebăm dacă aceasta ar putea fi extinsă ca prezumție a obligației de diligență și prudență a conduitei administratorului societar, și pe cale de consecință, aplicată ca efect al regulii. În această manieră, jurisprudența ar conferi regulii efectul ei primar și administratorii de bună-credință ar beneficia de avantajele propuse în jurisprudența care a creat regula. Odată răsturnată prezumția de diligență și prudență, se va răsturna și sarcina probei.

Apreciem totuși că privarea regulii judecătii de afaceri de unul dintre efectele sale nu reprezintă o invalidare a acesteia și nici nu demonstrează utilitatea redusă a instituției în dreptul român. Prin efectul aplicării textului legal și al verificării condițiilor regulii, administratorul de bună-credință nu va putea fi obligat să repare prejudiciul cauzat societății, acesta rămâne să fie suportat de societatea în numele și pe seama căreia el a luat decizia de afaceri. Consecințele datorate unor erori de administrare vor fi suportate de acționarii sau asociații care și-au asumat riscul de afaceri și au renunțat la o parte din puterea lor.

Doctrina română include tradițional obligația de loialitate, alături de onestitate, fidelitate și corectitudine în conținutul bunei-credințe. Ne

întrebăm astfel de ce legiuitorul nu a optat pentru reglementarea obligației de diligență și prudență și pentru buna-credință ca obligații fiduciare ale administratorului, loialitatea fiind în mod tradițional inclusă în buna-credință. Ca și structură, legiuitorul român a preferat modelul american al obligațiilor fiduciare clasice, obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate. Spre deosebire de *common law*, unde buna-credință este absorbită de noțiunea vastă a loialității, abordarea din dreptul continental este opusă, respectiv loialitatea este inclusă în buna-credință și nu invers, ceea ce justifică existența celor două obligații fiduciare clasice în *common law*.

Trecerea în revistă a schimbărilor sociale care au modificat traseul interpretărilor obligației de loialitate, de la conflictul de interese clasic la îndeplinirea unor obligații pozitive, a demonstrat că limita dintre obligația de loialitate și obligația de diligență și prudență este fragilă. Dacă potrivit dreptului român, buna-credință include obligația de loialitate, apreciem că aceasta ar trebui să absoarbă în evoluția realității sociale și noile elemente componente al loialității, care vor fi importate, pe măsura armonizării și globalizării, și în practica românească.

345. Diferențele dintre obligațiile fiduciare ale directorilor executivi și ale administratorilor neexecutivi expuse în **capitolul VI** se fundamentează pe natura diferită a celor două funcții. Obligația de a construi strategia de afaceri și obligația de monitorizare, însoțită de obligația de a prelucra informațiile identificate în urma supravegherii sunt de natura funcției **administratorilor neexecutivi**, însă nu de esența acesteia. România se numără printre puținele jurisdicții europene care nu includ printre obligațiile administratorilor neexecutivi supravegherea directorilor executivi. Majoritatea statelor determină standardele de conduită ale administratorilor neexecutivi în baza responsabilităților funcționale atribuite și a rolului poziției în consiliul de administrație, însă stabilirea unui mecanism unitar de interpretare a standardului de diligență și prudență aplicabil rămâne o provocare a practicii judiciare.

În opinia noastră, rolul consiliului de administrație în contextul **fuziunilor și al achizițiilor** și reglementarea măsurilor defensive sunt importante prin prisma răspunderii. Această răspundere este mai eficientă decât revocarea potrivit dreptului comun, care poate să nu fie agreată de toți

acționarii societății cumpărătoare, și decât răspunderea pentru încălcarea obligațiilor fiduciare, care este dificil de probat și nu se bucură de o jurisprudență unitară. Observăm că modelul european a urmat modelul britanic de stimulare a administrației de a atinge performanțe maxime în îndeplinirea atribuțiilor și nu de a lupta pentru menținerea funcției. Totuși, prin implementarea diversificată a Directivei 2004/25/CE privind ofertele publice de cumpărare, măsurile defensive permise consiliului de administrație se regăsesc sub cele mai variate forme.

Tot în gama obligațiilor fiduciare contextuale, considerăm că **iminența apariției stării de insolvență** nu determină o veritabilă obligație de loialitate datorată de administrator creditorilor societății, în lipsa unui temei legal sau contractual care să stabilească un raport fiduciar între aceștia. Temeiul legal al pretențiilor creditorilor de a le fi considerate interesele este obligația generală de bună-credință. Apreciem că un administrator de bună-credință și rațional ar trebui să își orienteze deciziile de afaceri în această perioadă în sensul protejării intereselor creditorilor și a reîntregirii patrimoniului societății, pentru a răspunde în mod pragmatic riscului de a-i fi angajată răspunderea în cazul deschiderii procedurii insolvenței. În ceea ce privește condițiile aplicării regulii judecății de afaceri, apreciem că doar interpretarea neuniformă a interesului societății ar putea deveni problematică în contextul vecinătății insolvenței. Nu vedem nici un raționament pentru care regula nu ar fi aplicabilă, mai ales că Legea societăților nu distinge în acest sens între societățile *in bonis* și societățile aflate în insolvență. Totuși, în contextul posibilității deplasării obligațiilor fiduciare ale administratorilor către creditorii societății, în viziunea noastră, regula nu ar avea obiect în dreptul român.

346. Analizând aspectele practice ale angajării propriu-zise a răspunderii în **capitolul VII**, constatăm că reglementarea *de lege lata* a obligațiilor fiduciare facilitează dovedirea culpei administratorilor care au prejudiciat societatea. Acest aspect este valabil cu atât mai mult în cazul încălcării obligației de loialitate, care este mult mai facil de demonstrat, fiind o obligație de rezultat și o obligație negativă.

Complexitatea instituției răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare se datorează naturii eterogene și imprecise a interesului superior al

societății, pe care administratorul trebuie să îl vegheze și să îl avanseze în orice moment. Acțiunea în răspunderea administratorilor reprezintă un model mai simplu față de acțiunea *ut singuli*, deoarece este expresia voinței acționarilor cu interese și așteptări comune. Deși criteriul răspunderii agravate pentru care a optat legiuitorul român, respectiv *culpa levis in abstracto*, reprezintă un standard strict al profesionistului cu abilități specifice, solicitările de reparare a prejudiciului social sunt destul de rare, din cauza obstacolelor de natură procedurală și funcțională întâmpinate de acționarii minoritari ai societăților *in bonis*. Apreciem că elementele acțiunii derivative ar trebui adaptate în sensul eficientizării acesteia. În opinia noastră, frecvența redusă a acțiunilor derivative în România poate fi pusă pe seama costurilor care trebuie avansate de acționarii reclamanți, un aspect comun al acțiunii *ut singuli* în majoritatea statelor membre și a asimetriei costurilor și a beneficiilor, care este descurajantă. Apreciem că pentru eficientizarea acțiunii *ut singuli*, riscul litigiului ar trebui alocat în mod proporțional pentru a depăși reticența rațională a acționarilor minoritari, iar reclamanții ar trebui să aibă acces suficient la informație.

În ceea ce privește cauzele de limitare a răspunderii, subliniem faptul că în dreptul român, obligația de loialitate, ca element al bunei-credințe, nu poate fi înlăturată sau limitată convențional. Limitarea convențională a obligațiilor legale ale administratorului este valabilă dacă nu privește obligații stabilite prin norme imperative. Deși legea permite agravarea răspunderii prin contractul de administrare, apreciem că agravarea răspunderii pentru încălcarea obligațiilor de mijloace în sensul transformării acestora în obligații de rezultat, precum obligația de diligență și prudență, este invalidă.

Considerăm că asigurarea de risc profesional nu reprezintă o veritabilă limitare a răspunderii administratorilor, ci dimpotrivă, în urma angajării răspunderii civile delictuale sau contractuale și a stabilirii prejudiciului, va acoperi prejudiciul cert suferit de societate și stabilit de instanță. Asigurarea profesională reprezintă o limită improprie a răspunderii, deoarece nu împiedică angajarea răspunderii și sancționarea patrimonială a administratorului, spre deosebire de clauzele statutare sau contractuale de înlăturare a răspunderii, care au un efect exonerator cu

privire la încălcarea obligațiilor. În cazul înlăturării convenționale a răspunderii, nu se va angaja răspunderea administratorului, iar prejudiciul material va fi suportat de societatea care și-a asumat voluntar riscul săvârșirii acelor acte. În ipoteza asigurării profesionale, prejudiciul cauzat societății va fi suportat de către administrator, prin asigurătorul său.

În ceea ce privește înlăturarea răspunderii subiective, regula judecății de afaceri este privită de doctrina română ca o cauză de exonerare a răspunderii administratorilor. În viziunea noastră, îndeplinirea condițiilor regulii determină neîndeplinirea condițiilor răspunderii civile. Regula judecății de afaceri reprezintă o cauză pentru care, în ciuda unei forme de culpă ușoară, răspunderea nu se va angaja, ci regula va determina ineficacitatea normei juridice referitoare la răspundere. Având în vedere neîndeplinirea condițiilor culpei, normele legale ale răspunderii nu vor fi aplicabile, iar administratorul nu va fi obligat să repare prejudiciul produs prin decizia de afaceri defectuoasă, dar de bună-credință. Din aceste considerente, nu privim regula judecății de afaceri ca pe o cauză exoneratoare, ci ca pe o cauză obiectivă de împiedicare a angajării răspunderii.

Bibliografie selectivă

Tratate, cursuri, monografii

1. Afrasinei, M.: *Noul Cod Civil comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2013.
2. Allen, W. T., Kraakman, R.: *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, ediția a 3-a, Ed. Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2009.
3. Allen, W. T.: *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law, Comparative Corporate Governance State of the Art and Emerging Research*, Ed. Oxford University Press, New York, 1998.
4. Angheni, S., Voloniciu, M., Stoica, C.: *Drept comercial*, Ed. All Beck, București, 2008.
5. Arrow, K. J.: *The limits of organization*, Ed. Norton Publisher, New York, 1974.
6. Bainbridge, S.: *Corporation Law and Economics*, Ed. Foundation Press, New York, 2003.
7. Basdevant, F., Carvériat A., Monod., F.: *Le guide de l'administrateur de société anonyme*, Ed. Lexis Nexis Litec, Paris, 2004.
8. Bentham, J.: *A fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Ed. W. Harrison, San Antonio, 1948.
9. Bîrsan, C., Dobrinoiu, V., Țiclea, A., Toma, M., Tufan, C.: *Societățile comerciale – organizarea, funcționarea, răspunderea, obligațiile fiscale*, vol. I, Ed. Șansa, București, 1995.
10. Block, D. J., Barton, N. E., Radin, S. A.: *The Business Judgment Rule: Fiduciary duties of Corporate Directors*, ediția a 6-a, Ed. Wolters Kluwer, New York, 2017.
11. Böckli, P.: *Schweizer Aktienrecht*, ediția a 4-a, Ed. Schulthess, Zürich, 2009.
12. Bodu, S. V.: *Legea societăților comentată și adnotată*, Ed. Rosetti, București, 2016.
13. Bodu, S. V.: *Piața de capital. Legea nr. 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață*, Ed. Rosetti, București, 2018.

14. Calero, S.: *Administradores. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Editorial de Dereho Reunidas, Ed. Casa Del Libro, Madrid, 1994.
15. Cărpenaru S. D., Piperea, Gh., David, S.: *Legea Societăților. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2014.
16. Cărpenaru, S. D., David, S., Predoiu, C., Piperea, Gh.: *Societăți comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*, Ed. All Beck, București, 2001.
17. Cărpenaru, S. D.: *Tratat de drept comercial român*, ediția a 4-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014.
18. Catană, R. N.: *Dreptul Societăților Comerciale, Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2006.
19. Catană, R. N.: *Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale*, Ed. Lumina Lex, București, 2003.
20. Chirică, D.: *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008.
21. Christensen, J. S.: *Kapitalselskaer*, Ed. Thomson Reuters Professional, Minnesota, 2009.
22. Clark, R. C.: *Corporate Law*, Ed. Little Brown, Delaware, 1986.
23. Costin, M. N., Costin, C. M.: *Răspunderea administratorilor*, în vol. *Ad honorem Stanciu D. Cărpenaru, Studii Juridice Alese*, Ed. C.H. Beck, București, 2006.
24. Cozian, M.: *Droit des sociétés*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2007.
25. Cucu, C., Gavriș, M. V., Bădoiu, C., Haraga, C.: *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Repere bibliografice. Practică judiciară. Decizii ale Curții Constituționale. Anotări*, Ed. Hamangiu, București, 2007.
26. Davies, P., Worthington, S.: *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, ediția a 9-a, Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2012.
27. Davies, P.: *The Takeover Directive as a Protectionist Tool?*, în vol. Bernitz, U., Ringe, W. G.: *Company Law And Economic Protectionism*, Ed. Oxford University Press, Londra, 2010.
28. Dumitrescu, H.: *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012.
29. Easterbrook, F. H., Fischel, D. R.: *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1991.
30. Eisenberg, M. A.: *The Structure of the Corporation, A Legal Analysis*, Ed. BeardBooks, Washington D.C., 1976.
31. Elliott, C. B.: *A Treatise on the Law of Private Corporations*, Ed. The Banks Law Publisher, Boston, 1900.

32. Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D.: *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Ed. Sellier, München, 2008.
33. Fleischer, A., Sussman, A. R., Weinstein, G.: *Directors' Fiduciary Duties in Takeovers and Mergers*, Ed. Wolters Kluwer, New York, 2017.
34. Fleischer, H.: *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im Englischen und Deutschen Gesellschaftsrecht*, în vol. Taeger, J., Wiebe, A.: *Informatik – Wirtschaft – Recht. Regulierung in der Wissensgesellschaft: Festschrift für Wolfgang Kilian*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2004.
35. Frankel, T.: *Trust and Honesty: America's Business Culture at a Crossroad*, Ed. Oxford University Press, New York, 2006.
36. Gevurtz, F.: *Corporation Law*, ediția a 2-a, Ed. West Group, Minnesota, 2000.
37. Gherasim, D.: *Buna-credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei, București, 1981.
38. Godden, R.: *Implementation of the European Takeover Directive in the UK*, în vol. Hooghten, P.: *European Takeover Directive and its Implementation*, Ed. Oxford University Press, Londra, 2009.
39. Gorphe, Fr.: *Le principe de la bonne foi*, Ed. Librairie Dalloz, Paris, 1928.
40. Graziadei, M.: *Virtue and Utility. Fiduciary Law in Civil Law and Common Law jurisdictions*, în vol. Gold, A. S., Miller, P.: *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Ed. Oxford University Press, Londra, 2015.
41. Grundmann, S.: *The evolution of trust and Treuhand in the 20th century*, Richard Helmholz & Reinhard Zimmermann eds., Ed. Oxford University Press, Londra, 1998.
42. Guyon, Y.: *Droit des Affaires. Tome 1: Droit Commercial Général et Sociétés*, Ed. Economica, Paris, 2003.
43. Hanga, V., Bocșan, M. D.: *Curs de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2006.
44. Hauschka, C. E., Moosmayer, K., Lösler, T.: *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, ediția a 3-a, Ed. C.H. Beck, München, 2016.
45. Henn, H.: *Law of Corporations*, Ed. St. Paul Minnesota West Pub. Co., Minnesota, 1970.
46. Hertig, G.: *Western Europe's Corporate Governance Dilemma*, în vol. Baums, T., Hopt, K. J., Horn, N.: *Corporations, Capital Markets, and Business in the Law*, Ed. Kluwer Law International, Londra, 2000.

47. Hotca, M. A., Nemeș, V., Cărpenu, S. D.: *Codul insolvenței comentat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014.
48. Hüffer, K.: *Großkommentar zum AktG*, ediția a 9-a, Ed. C.H. Beck, München, 2010.
49. Hunter, J. D.: *The death of character*, Ed. Oxford University Press, Londra, 2000.
50. Jaquet, J. M.: *Le contrat international*, ediția a 2-a, Ed. Dalloz, Paris, 1999.
51. Keeton, P., Prosser, W. L.: *Prosser and Kenton on the Law of Torts*, ediția a 5-a, Ed. St. Paul, Minnesota West Pub. Co., Minnesota, 1984.
52. Kraakman, R.: *The anatomy of corporate law*, ediția a 2-a, Ed. Oxford University Press, Londra, 2009.
53. Lattin, N.: *The Law of Corporations*, Ed. Mineola Foundation Press, Minnesota, 1971.
54. Le Gall J. P., Morel, P.: *French Company Law*, ediția a 2-a, Ed. Longman, Londra, 1992.
55. Leaua, C.: *Societăți comerciale. Proceduri speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2008.
56. Lemerrier, K.: *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marsilia, 2013.
57. Lévi, C. Y.: *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance?*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2008.
58. Lewis, T., Gibb, G.: *Takeovers and Stakebuilding*, în vol. Panesar, R. Boeckman, P.: *European Securities Law*, Ed. Oxford University Press, New York, 2014.
59. Luca, F. X, West, A.: *France*, în vol. Omar, P. J.: *Directors' Duties and Liabilities*, Ed. Taylor & Francis, Londra, 2000.
60. Magnus, U.: *Punitive Damages in German Law*, în vol. Meurkens L., Nordin E.: *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Ed. Intersentia, Cambridge, 2012.
61. Malaurie, Ph., Aynes, L., Gautier, P. Y.: *Les contrats spéciaux*, ediția a 3-a, Ed. Defrénois, Issy-les-Moulineaux, 2007.
62. Malaurie, Ph., Aynes, L., Stoffel-Munck, Ph.: *Drept civil. Obligațiile*, tradus în limba română, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2010.
63. McGhee, J.: *Snell's Equity*, ediția a 13-a, Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2000.
64. McIvor, G.: *Reparative and Restorative Approaches* vol. Bottoms, A., Rex, S., Robinson, G.: *Alternatives to Prison*, Ed. Willan Publishing, Londra, 2004.

65. Meurkens, R. C.: *Punitive Damages*, Ed. Wolters Kluwer International, 2014.
66. Nolan, R., Conaglen, M.: *Good Faith: What Does It Mean for Fiduciaries?*, în vol. Bant, E., Harding, M.: *Exploring Private Law*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
67. Piperea, Gh.: *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale*, Ed. All Beck, București, 2001.
68. Piperea, Gh.: *Insolvența. Legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.
69. Piperea, Gh.: *Obligațiile și răspunderea administratorilor societății comerciale. Noțiuni elementare*, Ed. All Beck, București, 1998.
70. Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I.: *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform Noului Cod Civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.
71. Prescure, T., Schiau, I.: *Legea societăților comerciale*, Ed. Hamangiu, București, 2009.
72. Raiser, T., Veil, R.: *Recht der Kapitalgesellschaften*, ediția a 5-a, Ed. C.H. Beck, München 2010.
73. Schmidt, K., Lutter, M.: *Aktiengesetz Kommentar*, ediția a 3-a, Ed. Ottoschmidt, Köln, 2015.
74. Sealy, L., Worthington, S.: *Cases and Materials in Company Law*, ediția a 8-a, Ed. Oxford University Press, Londra, 2007.
75. Shepherd, J. C.: *The Law of Fiduciaries*, Ed. Carswell, Toronto, 1981.
76. Sieg, O.: *Directors' Liability and Indemnification*, ediția a 2-a, Ed. Globe Law&Business, Londra, 2011.
77. Siems, M.: *Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre: ein Beitrag zur vergleichenden Corporate Governance in Zeiten der Globalisierung*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
78. Smith, L.: *Contract, Consent and Fiduciary Relationship*, în vol. Miller, P., Gold, A.: *Contracts, Status and Fiduciary Law*, Ed. Oxford University Press, Londra, 2016.
79. Stătescu, C., Bîrsan, C.: *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Educational, București, 1998.
80. Țândăreanu, N.: *Codul insolvenței adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014.
81. Terré, F., Simler, Ph., Lequette, Y.: *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 2002.
82. Terzea, V.: *Noul Cod Civil adnotat cu doctrină și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2017.

83. Todică, C.: *Răspunderea juridică civilă a administratorului societății comerciale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Universitară, București, 2012.
84. Ventoruzzo, M.: *Commento all'Articolo 2391 del Codice Civile*, în vol. Marchetti, P.: *Commentario alla Riforma delle Società*, Ed. Giuffrè, Milano, 2006.
85. Von Hein, J.: *Die Rezeption US -amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, Ed. Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008.
86. Webster, M.: *Director's Handbook: Your Duties, Responsibilities, and Liabilities*, Ed. Kogan Page, Londra, 2010.
87. Welch, E. P., Turezyn, A. J., Saunders, R.: *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals*, Ed. Wolters Kluwer, Chicago, 2011.
88. Zöllner, W.: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Ed. Carl Heymanns, Köln, 2010.

Articole

89. Al Hajjar, S.: *Răspunderea civilă a administratorilor în caz de insolvență – între realitate și deziderat*, RRDA nr. 8/2010.
90. Alexander, G. S.: *A Cognitive Theory of Fiduciary Relationships*, Cornell Law Review nr. 85/2000.
91. Allen W. T., Jacobs J. B., Strine, L. E. Jr.: *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: a Critique of Van Gorkom and Its Progeny as a Standard of Review Problem*, Northwestern University Law Review vol. 96, nr. 2/2002.
92. Allen, W. T., Jacobs, J. B., Strine, L. E. Jr.: *Function over form: A reassessment of Standards of review in Delaware Corporation Law*, Business Law review nr. 56/2001.
93. Anderson, A.: *Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure*, University of California Law Review nr. 59/1978.
94. Angheni, M.: *Natura juridică și fundamentul administrării bunurilor altuia*, Curierul Judiciar nr. 5/2014.
95. Arkes, H. R., Schipani, C. A.: *Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule. Differences in Hindsight Bias*, Oregon Law Review nr. 73/1994.
96. Armour, J., Skeel, D. A.: *Who Writes the Rules for Hostile Takeovers and Why? – The Peculiar Divergence of U.S. and U.K. Takeover Regulation*, Georgetown Law Journal nr. 95/2007.
97. Arscht, S. S.: *The Business Judgment Rule Revisited*, Hofstra Law Review nr. 8/1979.

98. Arsch, S., Hinsey, J.: *Codified Standard- Same Harbour But Chartered Channel: A Response*, Business Law Review nr. 35/1980.
99. Asencio, S.: *Le dirigeant de société, un mandataire spécial d' intérêt commun*, Revue des sociétés, 2000.
100. Aynès, L.: *L'obligation de loyauté*, Archives de Philosophie du Droit Dalloz nr. 44/2000.
101. Bainbridge, S. M., Cohen, Z.: *Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View*, Journal for Corporation Law nr. 26/2001.
102. Bainbridge, S. M., Lopez, S., Oklan, B.: *The Convergence of Good Faith and Oversight*, University of California Los Angeles Law Review nr. 55/2008.
103. Bainbridge, S. M.: *Director Primacy in Corporate Takeovers: Preliminary Reflections*, Stanford Law Review nr. 791/2002.
104. Bainbridge, S. M.: *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, Northwestern University Law Review nr. 547/2003.
105. Bainbridge, S. M.: *Much Ado About Little? Directors' Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency*, University of California, Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper Series vol. 5, nr. 26/2005.
106. Bainbridge, S. M.: *Rethinking Delaware's Corporate Opportunity Doctrine*, University of California, Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper nr. 08-17/2009.
107. Bainbridge, S. M.: *The Board of Directors as a Nexus of Contracts: A Critique of Gulati, Klein and Zolt's Connected Contracts Model*, University of California Los Angeles School of Law Research Paper nr. 02-05/2002.
108. Bainbridge, S. M.: *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, University of California Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper nr. 03-18/2003.
109. Ballantine, H. W.: *Problems in Drafting a Modern Corporation Law*, American Bar Association Journal nr. 17/1931.
110. Baums, A.: *Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*, Gutachten für den 63. Deutschen Juristentag, 2000.
111. Becht, M., Mayer, C., Wagner, H.: *Corporate Mobility and the Cost of Regulation*, ECGI Law working paper nr. 70/2006.
112. Behr, V.: *Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, Chi-Kent Law Review nr. 78/2014.
113. Belcredi, M., Pellegrini, B. C.: *Difese Antiscalata e Acquisizioni Cross-border in Europa: Situazione e Prospettive*, Rivista Bancaria Minerva nr. 4/2002.

114. Bercea, L.: *Business Judgment Rule and the Romanian Legal Culture*, Romanian Journal of Comparative Law nr. 1/2011.
115. Bercea, L.: *Noi standarde de comportament în afaceri? Business judgment rule și răspunderea administratorilor pentru insolvența societăților comerciale*, Curierul Judiciar nr. 7/2014.
116. Bercea, L.: *Regula judecății de afaceri: despre involuția instituției înainte de nașterea sa*, Pandectele Române nr. 6/2006.
117. Bercea, L.: *Regula judecății de afaceri: despre noul regim al răspunderii administratorilor societății pe acțiuni*, Pandectele Române nr. 8/2007.
118. Bercea, L.: *Regula judecății de afaceri: un transplant legal imposibil*, Pandectele Române nr. 3/2006.
119. Beveridge, N.: *Does the Corporate Director have a duty always to obey the law?*, DePaul Law Review nr. 45/1996.
120. Biggart, R.: *The Fiduciary Duty of Majority Shareholders in Freezeout Mergers: A Suggested Approach*, Fordham Law Review vol. 47, nr. 4/1978.
121. Bishop, C. G.: *Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law*, Michigan State Law Review nr. 905/2007.
122. Black, B. S., Cheffins, B. R.: *Outside Director Liability Across Countries*, ECGI Working Paper nr. 71/2006.
123. Black, B. S.: *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*, Asia Business Law Review, 2001.
124. Blair, M. M., Stout, L. A.: *Specific Investment: Explaining Anomalies in Corporate Law*, Journal for Corporate Law, University of Iowa nr. 31/2006.
125. Bob, M. D.: *Are nevoie de formă autentică hotărârea AGA pe baza căreia administratorul unei societăți comerciale consimte la o garanție ipotecară?*, RRDP nr. 1/2008.
126. Bodu, S. V.: *Limitări și conflicte de interese la numirea și în exercitarea mandatului de administrator al unei societăți comerciale*, RRDA nr. 12/2015.
127. Bodu, S. V.: *Organul administrativ și reprezentarea legală a societății comerciale*, RRDA nr. 6/2017.
128. Bodu, S. V.: *Răspunderea administratorilor față de societate*, RRDA nr. 4/2015.
129. Bodu, S. V.: *Transferul acțiunilor într-o societate comercială*, RRDA nr. 3/2016.
130. Bohinc, R.: *Corporate Social Responsibility: A European Legal Perspective*, Canterbury Law Review nr. 20/2014.
131. Bonfils, S.: *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, L.G.D.J., Paris, 2005.
132. Bradley, M., Schipani, C. A.: *The Relevance of the Duty of Care Standard in Corporate Governance*, Iowa Law Review nr. 75/1989.

133. Branson, D. M.: *Assault on Another Citadel: Attempts to Curtail the Fiduciary Standard of Loyalty Applicable to Corporate Directors*, Fordham Law Review nr. 57/1988.
134. Branson, D. M.: *The Rule That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, Valparaiso University Law Review vol. 36, nr. 3/2002.
135. Brickey, K. F.: *From Enron to Worldcom and Beyond: Life and Crime after Sarbanes-Oxley*, Washington University Law Quarterly nr. 81/2003.
136. Bruner, C. M.: *Good faith, state of mind and the outer boundaries of director liability in corporate law*, Wake Forest Law Review nr. 41/2006.
137. Bruner, C. M.: *Opting Out of Fiduciary Duties and Liabilities in U.S. and U.K. Business Entities*, University of Georgia School of Law, Legal Studies Research Paper nr. 29/2017.
138. Buda, M.: *Administratorul societății. Mandat. Sancțiune specifică. Acțiunea în răspundere pentru daune cauzate societății*, Revista Română de Jurisprudență nr. 5/2017.
139. Burgman, D. A., Cox, P. N.: *Corporate Directors, Corporate Realities and Deliberative Process: An Analysis of the Trans Union Case*, Journal of Corporation Law nr. 11/1986.
140. Burton, S.: *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, Harvard Law Review nr. 94/1980.
141. Buta, B., Ursuța, M.: *Procedura contravențională specială în materia concurenței. Scurte considerații*, Revista Română de Jurisprudență nr. 5/2012.
142. Butler, S. J.: *Models of Modern Corporations: A Comparative Analysis of German and U.S. Corporate Structures*, Arizona Journal for International and Company Law nr. 17/2000.
143. Byers, M.: *Directors' Duties in the 'Vicinity of Insolvency': Why a Fiduciary Duty to Creditors Should not be Triggered*, Insolvency Institute of Canada Publications, aprilie 2011.
144. Cabrelli, D., Siems, M.: *Convergence, Legal Origins, and Transplants in Comparative Corporate Law: A Case-Based and Quantitative Analysis*, American Journal for Comparative Law nr. 63/2015.
145. Cadet, L., Le Tourneau, P.: *Abus de droit*, Répertoire Dalloz de droit civil, aprilie 2008.
146. Cahn, A.: *Aufsichtsrat und Business Judgment Rule*, Institute for Law and Finance, Goethe Universität Frankfurt am Main, Working Paper Series 141/2013.
147. Călin, D., Maxim, Ș. D.: *Societate pe acțiuni. Lipsa consimțământului pentru încheierea unui act juridic, ca efect al depășirii limitelor legale ale mandatului administratorilor. Sancțiune*, RRDA nr. 2/2015.

148. Călin, D.: *Societate pe acțiuni. Revocarea Directorului General. Just motiv – nerespectarea clauzelor privind obligația de loialitate a mandatarului și pierderea încrederii în acesta*, RRDA nr. 5/2017.
149. Catană, R. N., Cărăbaș, M.: *Particularități ale eficienței instituției răspunderii civile a administratorilor și directorilor societăților comerciale în contextul globalizării dreptului societar*, RRDA nr. 9/2010.
150. Catană, R. N.: *Obligația de diligență și prudență a administratorilor în contextul reformei Dreptului Societăților Comerciale*, Pandectele Române nr. 3/2006.
151. Chan, H. L.: *On Deepening Insolvency and Wrongful Trading*, Journal of International Banking Law and Regulation nr. 20/2005.
152. Cheffins, B., Thompson, S.: *Should Shareholders Have a Greater Say over Executive Pay? Learning from US Experience*, Journal of Corporate Law Studies nr. 1/2001.
153. Cîrnu, I.: *Societate cu răspundere limitată. Administrare. Exercițarea mandatului în cazul pluralității de administratori. Natura juridică a normelor*, Revista Română de Jurisprudență nr. 1/2009.
154. Coffee, J. C., Schwartz, D. E.: *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, Columbia Law Review nr. 81/1981.
155. Cohen, Z.: *Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View*, Journal for Corporation Law nr. 26/2001.
156. Corradi, M. C.: *Securing corporate opportunities in Europe – comparative notes on monetary remedies and on the potential evolution of the remedial system*, Journal of Corporate Law Studies, Faculty of Law, Lund University nr. 2/2018.
157. Couret, A., Dondero, B.: *La captation des opportunités d'affaires et le droit des sociétés*, Juris-Classeur périodique, édition entreprise nr. 50/2011.
158. Coutinho de Abreu, J. M.: *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, Reformas do Código das Sociedades nr. 3/2007.
159. Crespi, G. S.: *Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law: The Need for Closer Alignment*, Nebraska Law Review vol. 82, nr. 3/2004.
160. Curran, V. G.: *Cultural Immersion, Difference and Categories in Comparative Law*, American Journal for Comparative Law vol. 43, nr. 81/1999.
161. Dan-Cohen, M.: *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, Harvard Law Review nr. 97/1984.

162. Davies, P. L., Hopt, K. J.: *Boards in Europe – Accountability and Convergence*, ECGI Working Paper Series in Law nr. 205/2013.
163. Davies, P. L.: *Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, European Business Organization Law Review nr. 7/2006.
164. Deli-Diaconescu, A., Miloş, S. M.: *Principalele elemente de noutate aduse prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă*, RRDA nr. 7/2014.
165. Di Guglielmo, C. T., Veasey, E. N.: *What Happened to Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004?*, University of Pennsylvania Law Review nr. 153/2005.
166. Didier, P.: *De la représentation en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2000.
167. Dixon, W. M.: *An examination of the common law obligation of good faith in the performance and enforcement of commercial contracts*, Queensland University of Technology, School of Law, Australia, 2005.
168. Dobrev, D.: *Examen al practicii judiciare în materia atragerii răspunderii organelor de conducere ale debitoarei aflate în încetare de plăti. Atragerea răspunderii administratorului în condiţiile art. 138 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006*, RRDA nr. 7/2012.
169. Dooley, M. P.: *Two models of Corporate Governance*, The Business Lawyer nr. 47/1992.
170. Dotevall, R.: *Is a Common Structure of Company Directors Duties Evolving in EU?*, Nordic & European Company Law Working Paper nr. 16/2016.
171. Dotevall, R.: *Liability of Members of the Board of Directors and the Managing Director – A Scandinavian Perspective*, International Lawyer Journal of the American Bar Association, 2003.
172. Easterbrook, F. H., Fischel, D. R.: *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, Michigan Law Review nr. 80/1996.
173. Edelman, J.: *When do fiduciary duties arise?*, University of Oxford Legal Research Paper Series nr. 65/2010.
174. Eisenberg, M. A.: *Corporate Law and Social Norms*, Columbia Law Review nr. 99/1999.
175. Eisenberg, M. A.: *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, Fordham Law Review vol. 62, nr. 3/1993.
176. Eisenberg, M. A.: *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, University of Pittsburgh Law Review nr. 51/1989.
177. Eisenberg, M. A.: *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, Delaware Journal for Corporate Law vol. 31, nr. 1/2005.

178. Ellickson, R.: *Law and Economics Discovers Social Norms*, Journal of Legal Studies Chicago nr. 27/1998.
179. Elliot, J.: *Directors' & Officers' Liability: Delaware's "Entire Fairness" Test*, Audit, Compliance and Risk Blog, University of California, Boalt Hall School of Law, 2013.
180. Engel, D. L.: *An Approach to Corporate Social Responsibility*, Stanford Law Review nr. 32/1979.
181. Enriques, L.: *EC Company Law Regulations and Directives. How trivial are they?*, University of Pennsylvania Journal of International Law vol. 27, nr. 1/2006.
182. Enriques, L.: *European Takeover Law – The Case for a Natural Report*, European Business Law Review, Wolters Kluwer International nr. 22/2011.
183. Evers, M. W. E.: *Aandeelhouders en ongeschreven non-concurrentienormen*, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk nr. 5/2011.
184. Farnsworth, A.: *A common lawyer's view of his civilian colleagues*, Louisiana Law Review vol. 57, nr. 1/1996.
185. Feleagă, N.: *Proba europeană a guvernanței întreprinderii românești*, Revista de Economie Teoretică și Aplicată vol. 2, nr. 497/2006.
186. Ferrarini, G., Moloney, N., Ungureanu, M. C.: *Understanding Directors' Pay in Europe: A Comparative and Empirical Analysis*, ECGI Law Working Paper nr. 126/2009.
187. Fleischer, H.: *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2004.
188. Fletcher, G.: *Loyalty: An Essay on the morality of relationships*, Oxford University Journal nr. 91/1993.
189. Floare, M.: *Considerații de drept comparat privind conceptele îngemănate de "bună-credință" și "rea-credință" în materie contractuală*, RRDP nr. 2/2014.
190. Frankel, T.: *Fiduciary Law*, California Law Review vol. 71, nr. 3/1983.
191. Frankel, T.: *Toward Universal Fiduciary Principles*, Queen's Law Journal vol. 39, nr. 2/2014.
192. Franklin, R. B., Hanks, J. J.: *Rejudging the Business Judgment Rule*, Business Law Review nr. 48/1993.
193. Furlow, C. W.: *Back to basics. Harmonizing Delaware's Law Governing Going Private Transactions*, Arkon Law Review nr. 40/2007.
194. Gelter, M., Helleringer, G.: *Fiduciary Principles in European Civil Systems*, Fordham University School of Law Review, ECGI Paper Series nr. 392/2018.

195. Gelter, M.: *Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?* Brooklyn Journal of International Law vol. 37, nr. 3/2012.
196. Germain, C. J. P. M.: *Dirigeants de sociétés*, GroupeRevue Fiduciaire, 2006.
197. Gevurtz, F.: *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?*, South Californian Law Review nr. 67/1994.
198. Ghestin, J.: *Traité de droit civil. La formation du contrat*, L.G.D.J., 1993.
199. Gibbs, D.: *Non-executive Directors' self-interest: Fiduciary duties and Corporate Governance*, University of East Anglia papers, 2014.
200. Gilson, R. J.: *A structural approach to Corporations: The case against defensive tactics in tender offers*, Stanford Law Review nr. 33/1981.
201. Giudici, P.: *Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions*, European Company and Financial Law Review nr. 3/2009.
202. Glanzmann, L.: *Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance Aspekten*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht nr. 137/2000.
203. Gold, A.: *The new concept of loyalty in Corporate Law*, University of California Law Review nr. 43/2009.
204. Golub, S.: *Fiducia. Analiza definiției legale. Diferența specifică*, RRDA nr. 12/2016.
205. Golub, S.: *Fiducia. Părțile și caracterele contractului de fiducie*, RRDA nr. 2/2017.
206. Grechenig, K., Sekyra, M.: *No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion*, International Review for Law and Economics vol. 31, nr. 16/2011.
207. Greenfield, K.: *Corporate Ethics in a Devilish System*, University of Maryland Journal of Business and Technology Law nr. 3/2008.
208. Greenfield, K.: *Ultra Vires Lives! A Stakeholder Analysis of Corporate Illegality*, Virginia Law Review nr. 87/2001.
209. Griffith, S. J.: *Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence*, Duke Law Journal nr. 55/2005.
210. Guthrie, C.: *Inside the Judicial Mind*, Cornell Law Review nr. 86/2001.
211. Hanewicz, W. O.: *When silence is Golden. Why the business judgment rule should apply to no-shops in stock-for-stock merger agreements*, Iowa Journal for Corporation Law vol. 28, nr. 2/2003.
212. Hanks, J. J. Jr.: *Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification*, Business Law Review nr. 43/1988.

213. Heminway, J. M. L.: *Martha's and Steve's Good Faith: An officer's duty of loyalty at the intersection of good faith and candor*, University of Tennessee, College of Law Legal Studies Research Paper Series nr. 71/2009.
214. Hennrichs, J.: *Treupflichten im Aktienrecht*, Archiv für die zivilistische Praxis nr. 195/1995.
215. Hetherington, J.: *Trends in legislation for closed corporations: Comparison of the Wisconsin Business Corporation Law of 1951 and the New York Business Corporation Law of 1961*, Wisconsin Law Review nr. 92/1963.
216. Hicks, A.: *The remedial principle of Keech v. Sandford, reconsidered*, Cambridge Law Journal nr. 69/2010.
217. Hill, C. A., McDonnell B. H.: *Disney, Good Faith and Structural Bias*, Journal for Corporation Law nr. 32/2007.
218. Hill, C. A., McDonnell, B. H.: *Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty*, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series nr. 07-35/2007.
219. Hinsey, J. IV: *Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: the Rule, the Doctrine and the Reality*, George Washington Law Review nr. 52/1984.
220. Homer, L. B.: *The Status of the Fairness Test under Section 713 of the New York Business Corporation Law*, Columbia Law Review vol. 76, nr. 7/1976.
221. Hood, P.: *Director's Duties under the Companies Act 2006: Clarity or Confusion?*, The Journal of Corporate Law Studies, Hart Publishing nr. 13/2013.
222. Hopt, K. J.: *Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors – A comparative analysis*, ECGI Law Working Papers nr. 208/2013.
223. Horstein, G.: *Corporation Law and Practice*, Minnesota Practice Series nr. 18/1959.
224. Huff, P. L. J., Silberglied, R. C.: *From Production Resources to Peoples Department Stores: A Similar Response by Delaware and Canadian Courts on the Fiduciary Duties of Directors to Creditors of Insolvent Companies*, Journal for Business and Technology Law nr. 455/2006-2007.
225. Iacobucci, E. M.: *Directors Duties in Insolvency: Clarifying What is at Stake*, Canadian Business Law Journal nr. 39/2003.
226. Jacobs, C.: *Judicial Standards of Review of Corporate Fiduciary Action*, Delaware Journal for Corporate Law nr. 26/2001.
227. Jambort, S.: *Responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers pour des faits antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective*, La Semaine Juridique, édition Entreprise et Affaires nr. 51-52/2006.

228. Johnson, L.: *After Enron: Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law*, Delaware Journal for Corporate Law nr. 28/2003.
229. Johnson, L.: *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, Business Law review nr. 60/2005.
230. Johnson, L.: *Rethinking Judicial Review of Director Care*, Delaware Journal for Corporate Law nr. 24/1999.
231. Johnson, L.: *The Modest Business Judgment Rule*, Washington and Lee University School of Law, Business Law Review nr. 55/2000.
232. Johnson, S.: *Tunneling*, American Economic Review nr. 90/2000.
233. Jolls, C.: *A Behavioral Approach to Law and Economics*, Stanford Law Review nr. 5/1998.
234. Junius, G. W. A.: *Company Directors – Jurisdictional comparisons*, European Lawyer Reference series, 2012.
235. Kalss, S.: *Shareholder Suits: Common Problems, Different Solutions and First Steps towards a Possible Harmonisation by Means of a European Model Code*, European Company and Financial Law Review nr. 2/2009.
236. Kaya, Z.: *Die Anwendung der Geschäftschancenlehre auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 4. 12. 2012, II ZR 159/10*, Zeitschrift für deutsches Steuerrecht nr. 36/2013.
237. Keay, A.: *The duty to promote the success of the company: is it fit for purpose?*, University of Leeds School of Law, Centre for Business Law and Practice Working Paper nr. 4/2010.
238. Kessler, B.: *The New York Business Corporation Law*, St. John's Law Review vol. 36, nr. 1/1961.
239. Khan, P., Kasi, M.: *Enlightened Shareholders Value' Approach under Section 172 of the UK Companies Act of 2006: An Analysis*, Research Journal of Recent Sciences vol. 6, nr. 6/2017.
240. Kim, H. J., Lee, S. H., Woodcock, S. M.: *Favoritism and Corporate Law: The Confused Corporate Opportunity Doctrine in the Hyundai Motor Case*, Michigan Journal for Private Equity & Venture Capital Law nr. 41/2013.
241. Klaus, M.: *Corporate opportunities in a comparative perspective*, Tilburg University Paper Series, 2017.
242. Koch, J.: *Law of Corporate Opportunities: A Comparative Analysis*, Revue Droit & Affaires, Université Panthéon-Assas, 2015.
243. Kolb, M.: *The Delegation of Authority to Committees of the Board of Directors: Directors' Liabilities*, University of Baltimore Law Review nr. 9/1980.
244. Konstant, P. C.: *Meaningful Good Faith: Managerial Motives and the Duty to Obey the Law*, New York Law School Law Review vol. 55, 2010/2011.

245. Koziak, J.: *Business Judgement Rule in Czech Corporations Act*, Tribuna Juridică nr. 1/2014.
246. Kunz, P. V.: *Business Judgment Rule – Fluch oder Segen?*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht nr. 3/2014.
247. LaSalle, M.: *Downfall*, San Francisco Chronicle Datebook, august 2005.
248. Latella, D.: *Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders' Rights Directive*, European Company and Financial Law Review nr. 2/2009.
249. Le Nabasque, H.: *Obligation de non-concurrence des associés et dirigeants de sociétés*, Bulletin Joly Sociétés nr. 2/2012.
250. Le Tourneau, P., Poumarede, M.: *Bonne foi*, Répertoire de droit civil, 2009.
251. Lefebvre, B.: *La bonne foi: notion protéiforme*, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke Quebec vol. 26, nr. 2/1996.
252. Lenart, C.: *Business judgment rule in theory and Slovenian practice and associated liability for damages of management*, Repository of the University of Ljubljana nr. 22/2018.
253. Lin, L.: *Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors*, Vanderbilt Law Review nr. 46/1993.
254. Lipson, J. C.: *Directors' Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation*, University of California Los Angeles Law Review nr. 50/2003.
255. Loos, A.: *Directors' Liability: A Worldwide Review*, Kluwer Law International, 2006.
256. LoPucki, L. M., Whitford, W. C.: *Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*, University of Pennsylvania Law Review nr. 141/1993.
257. Lowry, J.: *The Duty of Loyalty of Company Directors: Bridging the Accountability Gap through Efficient Disclosure*, The Cambridge Law Journal vol. 68, nr. 3/2009.
258. Lutter, M.: *Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts*, Archiv für die civilistische Praxis nr. 180/1980.
259. Maddaugh, P.: *Definition of Fiduciary Duty*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990.
260. Madisson, K.: *Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis*, Riga Graduate School of Law Research Papers nr. 7/2012.

261. Maidanuc, I.: *Considerații privind aprobarea acțiunii în răspundere potrivit art. 150 din Legea nr. 31/1990*, Curierul Judiciar nr. 6/2002.
262. Manne, H. G.: *Our two Corporation Systems: Law and Economics*, Virginia Law Review nr. 53/1967.
263. Manning, B.: *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention*, Business Law Review nr. 39/1994.
264. Manusco, S.: *Beyond the difference between Common Law and Civil Law*, Annual Survey and Company Law Publications vol. 14, nr. 1/2008.
265. Martin, G., Helleringer, G.: *Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law*, Berkeley Business Law Journal nr. 15/2018.
266. McCahery J. A., Vermeulen, E. M., Masato, H.: *Traditional and innovative approaches to legal reform: The New Company Law*, Rieti Discussion Paper Series nr. 07-E-033/2006.
267. McCarthy, B. J., Wong, W. M.: *Advising the Board: Issues for Boards of Directors*, Practising Law Institute paper nr. 1183/2000.
268. McLaughlin, K. W., Ghosh, C.: *The Dynamics of Post-Merger Boards: Retention Decisions and Performance Effects*, University of Connecticut, Storrs Law Review nr. 10/2008.
269. McMillan, L.: *The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine*, William & Mary Business Law Review vol. 4, nr. 2/2014.
270. Melnick, T.: *Interested Director's Contracts – Section 713 of the New York Business Corporation Law and the Fairness Test*, Fordham Law Review nr. 41/1973.
271. Miller, A. D., Perry, R.: *Good Faith Performance*, Iowa Law Review vol. 98, nr. 2/2013.
272. Miller, P. B.: *A theory of fiduciary liability*, McGill Law Journal nr. 56/2011.
273. Millet, P.: *Equity's place in the Law of Commerce*, University of Kent Law Quarterly Review nr. 114/1998.
274. Mitchell, L. E.: *Fairness and Trust in Corporate Law*, Duke Law Journal vol. 43, nr. 3/1993.
275. Mocanu, M.: *Societate pe acțiuni. Revocarea administratorului executiv. Just motiv – revocarea mandatului pentru pretinsa activitate necorespunzătoare desfășurată în cadrul unei filiale a societății*, RRDA nr. 6/2017.
276. Morck, R.: *Behavioral Finance in Corporate Governance – Independent Directors and Non-executive Chairs*, Harvard Institute of Economical Research Discussion Paper 2037/2004.

277. Mousseron, P., Saucier, L.: *Un dirigeant peut-il profiter d'une opportunité offerte à sa société?*, Les Échos online, martie 2003.
278. Mucciareli, L.: *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, Giurisprudenza commerciale Bologna nr. 9/2000.
279. Nagarajan, K. V.: *The Code of Hammurabi: An Economic Interpretation*, Laurentian University International Journal of Business and Social Science vol. 2, nr. 8/2011.
280. Nowicki, E. A.: *Not in Good Faith*, Southern Methodist University Law Review nr. 60/2007.
281. Odoner, E. J., Radin, S. A., Goltser, L. A., Blumberg, A. E.: *Fiduciary Duties of Corporate Directors in Uncertain Times*, Columbia Law School Millstein Center Director Papers, 2017.
282. Palmiter, A. R.: *Duty of Obedience: The Forgotten Duty*, New York Law School Law Review vol. 55, 2010/2011.
283. Parsons, C.: *Directors' and Officers' Liability Insurance: A Target or a Shield?*, Journal for Company Law nr. 21/2000.
284. Pașca, V.: *Unele considerații teoretice și aspecte practice privind răspunderea membrilor organelor de conducere ale societății comerciale supuse procedurilor reglementate de Legea nr. 64/1995*, Revista de Drept Comercial nr. 2/2004.
285. Pastuszewski, B.: *Practical Steps for Directors to consider after Disney*, Washington & Lee Law School, Current Law Journal – Practical Lawyer nr. 43/2006.
286. Payne, L. A., Pereira, G., Doz Costa, J., Bernal, L.: *Can a Treaty on Business and Human Rights help achieve Transitional Justice Goals?*, International Journal on Human Rights and Business vol. 1, nr. 2/2017.
287. Picod, Y.: *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J, 1989.
288. Piperea, Gh.: *Guvernanța corporatistă. Partea I*, Pandectele Române nr. 2/2004.
289. Piperea, Gh.: *Guvernanța corporatistă. Partea a II-a*, Pandectele Române nr. 3/2004.
290. Popa, I. F.: *Coordonatele răspunderii contractuale. Partea I – fundamentele răspunderii contractuale*, RRDA nr.5/2015.
291. Popa, I.: *Contractul de mandat*, RRDP nr. 5/2016.
292. Portellano-Diez, P., Deber, D.: *Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, Revista Civitas, 1996.
293. Prescure, T., Teodorescu, B.: *Despre natura juridică a contractului de administrare dintre o societate comercială și administratorii acesteia*, RRDA nr. 4/2017.

294. Puie, O.: *Aspecte de ordin procedural în materia procedurii insolvenței reglementată de noul cadru normativ instituit prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și insolvență și natura juridică a răspunderii pentru intrarea în insolvență*, Pandectele Române nr. 8/2014.
295. Quillen, W.: *Business judgment and neutral principles*, Delaware Journal for Corporate Law nr. 10/1985.
296. Rachlinsky, J. J.: *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, University of Chicago Law Review nr. 65/1998.
297. Ramparany-Ravololomiarana, H.: *Le raisonnable en droit des contrats*, L.G.D.J., 2009.
298. Rauterberg, G., Talley, E.: *Contracting out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers*, Columbia Law Review nr. 117/2017.
299. Reed, J. L., Neiderman, M.: *Good Faith and the Ability of Directors to Assert par. 102(b)(7) of the Delaware General Corporation Law as a Defense to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight and Similar Breaches of Fiduciary Duty*, Delaware Journal for Corporate Law nr. 29/2004.
300. Reichard, E. T.: *Catching the Money Train: Using the Alien Tort Claims Act to Hold Private Banks liable for Human Rights Abuses*, Western Reserve Journal of International Law, vol. 2004.
301. Reisberg, A.: *Shadows of the Past and Back to the Future: Part 11 of the UK Companies Act 2006 (in)action*, European Company and Financial Law Review nr. 2/2009.
302. Remmert, A.: *Introduction to German Insolvency Law*, International Company and Commercial Law Review nr. 13/2002.
303. Ribstein, L. E.: *The Structure of the Fiduciary Relationship*, University of Illinois Law&Economics Research Paper nr. 03-003/2003.
304. Rickford, J.: *Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, European Business Law Review nr. 15/2004.
305. Rock, E., Wachter, M.: *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law and Interdoctrinal legal transplants*, North Western University Law review vol. 96, nr. 56/2002.
306. Rosenberg, D.: *Delaware's expanding duty of loyalty and illegal conduct: A step towards Corporate Social Responsibility*, Santa Clara Law Review vol. 52, nr. 1/2012.
307. Rostad, K.: *Six Core Fiduciary Duties for Financial Advisors, Fiduciary Reference Analysis of Investment Fiduciary Issue*, Publication no. 5 of The Institute for the Fiduciary Standard, 2013.

308. Rousseau, S.: *La reconfiguration du devoir de loyauté des administrateurs de sociétés par action: de Charybde en Scylla?*, La revue du notariat nr. 7/2002.
309. Ruder, D. S.: *Duty of Loyalty – A Law Professor's Status Report*, Business Law Review nr. 40/1984.
310. Ryan, P. J.: *Strange Bedfellows: Corporate Fiduciaries and the General Law Compliance Obligation in Section 2.01(a) of The ALI Principles of Corporate Governance*, Washington Law Review nr. 66/1991.
311. Sale, H. A.: *Delaware's Good Faith*, Cornell Law Review nr. 89/2004.
312. Samet, I.: *Guarding the Fiduciary's Conscience – A Justification of a Stringent Profitstripping Rule*, Oxford Journal for Legal Studies nr. 28/2008.
313. Sandler, T. C., Ben-Ishai, S.: *Directors and Officers Liability around the Globe: A Trap for Unwary U.S. Affiliates. Director Liability in Canadian Insolvencies*, American Bankruptcy Institute 20th Annual Spring Meeting, aprilie 2002, Toronto, Canada.
314. Sarra, J.: *Taking the Corporation Past the Plimsoll Line: Director and Officer Liability when the Corporation Founders*, International Insolvency Review nr. 10/2001.
315. Scarlett, A. M.: *A better approach for balancing authority and accountability in Shareholder Derivative Litigation*, University of Kansas Law Review nr. 57/2008.
316. Schulze, H. G.: *Geschäfte der Kapitalgesellschaft mit ihren Organmitgliedern – ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, England und Frankreich*, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften nr. 29/2009, Frankfurt am Main.
317. Shill, G. H.: *The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty*, University of California Los Angeles Law Review nr. 64/2017.
318. Siegel, M.: *The illusion of enhanced Review of the Board actions*, University of Pennsylvania Journal of Business Law vol. 15, nr. 3/2013.
319. Sitkoff, R. H.: *The Economic Structure of Fiduciary Law*, Boston University Law Review nr. 91/2001.
320. Skeel, D. A.: *The Unanimity Norm in Delaware Corporate Law*, Virginia Law Review nr. 127/1997.
321. Smith, G. D.: *A Proposal to eliminate director standards from the Model Business Corporation Act*, University of Cincinnati Law Review vol. 68, nr. 4/1999.
322. Solene, R.: *The new French law of contract*, British Institute of International and Comparative Law, International & Comparative Law Quarterly nr. 20/2017.

323. Sorenson, A.: *Casting the Net Wide: The Liability of Company Officers in French Insolvency Procedures*, International Company and Commercial Law Review nr. 17/1996.
324. Stanchfield, M. A.: *Fiduciary Duties in Negotiated Acquisitions: Questioning the Legal Requirement for "outs"*, William Mitchell Law Review vol. 27, nr. 4/2001.
325. Steinhauer, C.: *The new German Rule on Public Purchase offers/ La Nuova Legge Tedesca Sulle Offerte Pubbliche di Acquisto*, Giurisprudenza nr. 29/2002.
326. Storme, M. E.: *Good faith and the contents of contracts in European Private Law*, Electronic Journal of Comparative Law nr. 7/2003.
327. Strine, L. E. Jr.: *Loyalty's Core Demands. The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Georgetown Law Journal nr. 98/2010.
328. Strine, L. E., Hamermesh, L. A., Balotti, R. F.: *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Series, paper 645/2009.
329. Strine, L. E.: *Categorical Confusion: Deal Protection Measures in Stock-for-Stock Merger Agreements*, Business Law Review nr. 56/2001.
330. Subramanian, G.: *A Buy-Side Model of M&A Lockups: Theory and Evidence*, Stanford Law Review nr. 53/2000.
331. Talley, E., Harshmall, M.: *The corporate opportunity doctrine*, University of Southern California Law School – Center for Law, Economics and Organization Law Journal, 2011.
332. Tec, L. M.: *Examenul jurisprudenței în materia reprezentării societății și răspunderii civile a administratorilor față de societate*, RRDA nr. 4/2016.
333. Teitel, R. G.: *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*, Oxford University Law, 2014.
334. Thompson, D. C.: *A Critique of "Deepening Insolvency" New Bankruptcy Tort Theory*, Stanford Journal of Law, Business and Finance vol.12, nr. 2/2007.
335. Thompson, R. B., Thomas, R. S.: *The public and private faces of derivative lawsuits*, Vanderbilt University Law School, Law and Economics Working Paper Number 04/14.
336. Timm, W.: *Wettbewerbsverbot und Geschäftschance, Lehre im Recht der GmbH, GmbH-Rundschau*, 1981.
337. Todică, C.: *Dacă se poate angaja răspunderea administratorului societății comerciale față de terți în cazul actelor juridice încheiate cu depășirea limitelor*

- statutare ale mandatului conferit? Inaplicabilitatea teoriei mandatului aparent*, Curierul Judiciar nr. 8/2012.
338. Todică, C.: *Particularități ale acțiunii în răspundere a administratorului societății reglementată de Legea nr. 31/1990. Privire comparativă cu dispozițiile Codului civil*, Pandectele Române nr. 8/2012.
339. Tomasic, R.: *Company Law Modernisation and Corporate Governance in the UK – some recent issues and debates*, Durham Law School Legal Paper Series, 2018.
340. Triem, W. F.: *Judicial Schizophrenia in Corporate Law: Confusing the Standard of Care with the Business Judgment Rule*, Alaska Law Review nr. 24/2007.
341. Tulească, L.: *Delegarea atribuțiilor de conducere ale societății. Răspunderea solidară a administratorilor. Condiții și efecte*, RRDA nr. 9/2014.
342. Tulească, L.: *Expirarea (duratei) mandatului administratorului societății (comerciale)*, RRDA nr. 8/2016.
343. Udriște, A. M.: *Concentrările economice. O scurtă incursiune în dreptul european și național*, Pandectele Române nr. 12/2015.
344. Ulen, S. T.: *Cognitive imperfections and the Economic Analysis of Law*, Hamline Law Review nr. 12/1989.
345. Ulmer, D.: *Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsrathandelns. Vor dem Hintergrund der US-Erfahrungen mit der shareholders' derivative action*, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht nr. 16/1999.
346. Uță, L.: *Buna-credință în raporturile contractuale, partea I*, Revista Română de Jurisprudență nr. 1/2015.
347. Uță, L.: *Buna-credință în raporturile contractuale, partea a II-a*, Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2015.
348. Valsan, R. D.: *Understanding Fiduciary Duties: Conflict of Interest and Proper Exercise of Judgment in Private Law*, McGill University Paper Studies, Montreal, 2012.
349. Van Aalten, S.: *D&O Insurance in the Age of Enron: Protecting Officers and Directors in Corporate Bankruptcies*, 22th Canadian Annual Review of Banking and Financial Law, 2003.
350. Van Rhee, C. H.: *Trust, Trust-Like Concepts and Ius Commune*, European Review of Private Law nr. 3/2000.
351. Varallo, G. V., Raju, S. M.: *A Process Based Model for Analyzing Deal Protection Measures*, Business Law Review nr. 55/2000.
352. Veasey, E. N., Di Guglielmo, C. T.: *What Happened in Delaware Corporate Law and Governance From 1992–2004? A Retrospective on Some Key Developments*, University of Pennsylvania Law Review nr. 53/2005.

353. Veasey, E. N., Manning, W. E.: *Codified Standard- Safe Harbor or Unchartered Reef?*, Business Law Review nr. 35/1990.
354. Veasey, E. N.: *Corporate Governance and Ethics in the Post-Enron WorldCom Environment*, Wake Forest Law Review nr. 38/2003.
355. Velasco, J.: *A Defense of the Corporate Law Duty of Care*, Notre Dame Law School Journal nr. 4/2015.
356. Velasco, J.: *Fiduciary Duties and Fiduciary Outs*, Notre Dame Law School Journal nr. 4/2013.
357. Velasco, J.: *How many fiduciary duties are there in Corporate Law?*, Southern California Law Review vol. 83, nr. 6/2010.
358. Velasco, J.: *Structural Bias and the Need for Substantive Review*, Washington University Law Quarterly nr. 82/2004.
359. Ventoruzzo, M.: *Europe's Thirteenth Directive and U.S. Takeover Regulation: Regulatory Means and Political Economic Ends*, Texas International Law Journal nr. 41/2006.
360. Verdam, A. F.: *Corporate opportunities: Over de toeëigening door functionarissen van aan de vennootschap toebehorende business opportunities*, Schoordijk Instituut, Tilburg, Center for Company Law Publications, 1995.
361. Vlad, A. M.: *Monitorul Fuziunilor & Achizițiilor (M&A)*, RRDA nr. 6/2017.
362. Wagner, G.: *Officers' and Directors' Liability under German Law. A Potemkin Village*, Theoretical Inquiries in Law nr. 16.1, Universitatea din Tel Aviv, 2015.
363. Williams, C. A.: *Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency*, North Carolina Law Review vol. 76, nr. 4/1998.
364. Witney, S.: *Corporate opportunities law and the non-executive director*, Journal of Corporate Studies vol. 16, nr. 1/2016.
365. Wood, J.: *Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan*, Pennsylvania State International Law Review vol. 26, nr. 1/2007.
366. Zamsa, C.: *Buna-credință în executarea obligațiilor contractuale*, Pandectele Române nr. 1/2013.
367. Zimmermann, S.: *Good Faith in European Contract Law*, Whittaker Cambridge University Press, 2000.

Dictionare

368. *Cambridge Dictionary for Business English*, Cambridge University Press, 2006.

- 369. *Dicționarul ortografic, ortoepic și morfologic al limbii române*, Academia Română, 2010.
- 370. *Oxford Dictionary of Business and Management*, ediția a 5-a, Oxford University Press, 2009.
- 371. *Oxford English Dictionary*, ediția a 2-a, Oxford University Press, 1989.
- 372. *Oxford English Legal Dictionary*, ediția a 7-a, Oxford University Press, 2009.
- 373. *The American Heritage Dictionary of the English Language*, ediția a 4-a, 2000.
- 374. *Webster Ninth New Collegiate Dictionary*, ediția a 9-a, 1988.

Soft law

- 375. Codul de guvernanță corporativă al *Association Française des Entreprises Privées (AfeP) et Mouvement des Entreprises de France (Code AfeP-Medef)*, 2018.
- 376. *Model Business Corporation Act (MBCA)*.
- 377. *Principles of Corporate Governance*, American Law Institute.
- 378. *UK Corporate Governance Code 2016*, redactat de Financial Reporting Council, Londra, 2015.
- 379. *UK Government Model articles of association for limited companies*, versiunea octombrie 2017.

Studii și rapoarte

- 380. Barcza, M., József, B. F.: *Corporate Governance and Directors' Duties: Hungary*, Thomson Reuters, Practical Law Review, Londra, 2011.
- 381. *Cornerstone of the Board: Lessons on creating or rebuilding a board*, Spencer Stuart, aprilie 2010.
- 382. *Corporate Governance and American Competitiveness*, Asociația Business Round Table, The Business Lawyer vol. 46, nr. 1/1990.
- 383. *Corporate Liability in Europe*, raport Clifford Chance, 2012.
- 384. *Enterprise Policy Performance Assessment*, raport OECD pentru România, ianuarie 2005.
- 385. *Fiduciary Duty in the 21st Century*, un raport comun al UN Global Compact, UN Finance Initiative, ONG-ul Principles for Responsible Investment.
- 386. Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E. P.: *Study on Directors' Duties and Liability, prepared for the European Commission, by Department of Law, London School of Economics*, Londra, 2013.
- 387. *Governance of Subsidiaries: A survey of global companies*, studiu comparativ Deloitte Amsterdam, septembrie 2013.

388. *Guide to Corporate Governance Practices in the EU*, raport al International Finance Corporation din cadrul World Bank Group și European Confederation of Directors Associations, 2016.
389. *Guide to Directors' Duties and Liabilities*, raport al International Finance Corporation din cadrul World Bank Group și European Confederation of Directors Associations, 2015.
390. Hazell, R., Cogbill, A., Owen, D. Webber, H., Chebib, L.: *Critical Friends? The Role of Non-Executives on Whitehall Boards*, The Constitution Unit, School of Public Policy, University College London, 2018.
391. Hearnden, B., Howley, S.: *Directors' conflicts under the Companies Act 2006 considered*, Company Law Newsletter 239, CMS Law-Now, Londra, 2008.
392. Hoss, P.: *Legislation relating to commercial companies – in force as of 27 July 2018*, Elvinger Hoss Luxembourg Law, 2018.
393. Lajoux, A.: *Role of the Board in M&A*, Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, septembrie 2015.
394. Masse, C.: *Rapport général – La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant – Journées Louisianaises, Litec, Paris, 1994.
395. Millner, R. B.: *Potential Liability for Deepening Insolvency and Breach of Fiduciary Duty to Creditors*, American Bar Association Section of Litigation Annual Conference, 2007.
396. *Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework*, Company Law Review Steering Group, 2000.
397. *Non-executive directors. Where's all the fun gone?*, Economist Intelligence Unit Special Report nr. 244/2004.
398. *Recommendation from the Committee on Corporate Laws, Section of Corporate, Banking and Business Law*, American Bar Association, Corporate Directors' Guidebook, Business Lawyer nr. 33/1978.
399. *Regulation of Public M&A in Europe, Legal Guide*, ediția a 3-a, Herbert Smith Freehills, Londra, octombrie 2015.
400. Rivalland, J. C.: *The Company Director Checklist in France*, Allen & Overy LLP report, mai 2014.
401. Symposium: *Current Issues in Corporate Governance: The Business Judgment Rule in Overview*, University of Ohio, 1984.
402. *The Walker review – Walker, D.: A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities*.
403. Van Dam, C.: *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer's Business*, Raport Amnesty International și Rotterdam School of Management, Erasmus University, 2016.

404. Varul, P.: *The duties of the members of the corporation's management body. Legal basis of their liability*, Law office Paul Varul Newsletter, 2009-11.
405. Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, European Law Publishers, Universitatea din Louvain, 2009.

Comunicări și recomandări ale instituțiilor europene

406. *Communication from the Commission „A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility”*, 2010.
407. *Communication from the Commission concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development”*, 2002.
408. *Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules Brussels*, 19.12.2005 COM (2005) 672 final.
409. *Green Paper – „Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility”*, 2001.
410. Rezoluția Parlamentului European la comunicarea Comisiei către Consiliu și Parlamentul European: Modernizarea dreptului societar și a guvernancei corporative în UE – un plan de viitor (COM(2003) 284 – C5-0378/2003 – 2003/2150(INI)).
411. *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels*, 2.4.2008 COM(2008) 165 final.

Diseminarea rezultatelor

1. Ponta, A.: *Features of Non-Executive Directors' Fiduciary Duties*, în vol. Strada-Rozenberga, K., Anjos, M. R.: *Current Issues in Business Law*, Ed. Adjuris, București, 2018, pp. 30-49.
2. Ponta, A.: *Obligația de loialitate a administratorilor în lumina noilor perspective europene*, RRDA nr. 2/2018, pp. 17-38.
3. Ponta, A.: *O scurtă istorie a bunei-credințe în guvernarea corporativă. Formarea și decăderea (obligației fiduciare a) bunei-credințe*, RRDA nr. 5/2017, pp. 51-72.
4. Ponta, A.: *The Business Judgment Rule. Approach and Application*, Tribuna Juridică nr. 14/2015, pp. 25-44.
5. Ponta, A.: *The Evolution and Complexity of Directors' Duty of Care*, Perspective Juridice nr. 4/2015, pp. 38-51.
6. Ponta, A.: *The Evolution and Challenges of Directors' Duty of Loyalty*, Perspectives of Business Law in the Third Millennium, ADJURIS International Academic Publisher, București, 2017, pp.11-32.

7. Ponta, A.: *Directors' duty not to consciously determine the company to break the law– reality or controversy?*, Tribuna Juridică vol. 8, nr. 3/2018, pp. 624-644.
8. Ponta, A.: *Good faith in corporate law – an independent fiduciary duty or an element of the duty of loyalty?*, Tribuna Juridică vol. 6, nr. 2/2016, pp. 117-133.
9. Catană, R. N., Ponta, A.: *The business judgment rule and its reception in European Countries*, The Macrotheme Review vol. 4, nr. 7/2015, Austin, Texas, pp. 125-141.

Jurisprudența utilizată

Jurisprudență română

1. C. Ap. Alba Iulia, Decizia nr. 126/14.12.2011
2. C. Ap. Alba Iulia, Decizia nr. 194/12.04.2017
3. C. Ap. Alba Iulia, Decizia nr. 886/2017
4. C. Ap. București secț. VI com., Decizia nr. 964/4.06.2003
5. C. Ap. București, secț. V. com., Decizia nr. 1184/15.10.2002
6. C. Ap. București, secț. com., Decizia nr. 1803/2000
7. C. Ap. București, secț. V com., Decizia nr. 167/13.04.2011
8. C. Ap. București, secț. V com., Decizia nr. 2445/26.09.2006
9. C. Ap. București, secț. V com., Decizia nr. 632/28.03.2007
10. C. Ap. București, secț. V com., Decizia nr. 1303/2002
11. C. Ap. București, secț. VI civ., Decizia nr. 1710/14.09.2012
12. C. Ap. București, secț. VI civ., Decizia nr. 2176 A/27.11.2017
13. C. Ap. București, secț. VI civ., Decizia nr. 544/11.03.2013
14. C. Ap. București, secț. VI com., Decizia nr. 41/26.01.2007
15. C. Ap. Cluj, Decizia nr. 1430/19.10.2015
16. C. Ap. Cluj, Decizia nr. 161/14.03.2017
17. C. Ap. Cluj, secț. com. de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 23/24.02.2010
18. C. Ap. Cluj, secț. com. de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 571/02.12.2004
19. C. Ap. Cluj, secț. II civ., Decizia nr. 1043/12.12.2016
20. C. Ap. Cluj, secț. II civ. de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 46/19.01.2015
21. C. Ap. Constanța, secț. com. maritimă și fluvială și pentru cauze de cont. adm., Decizia nr. 623/COM/02.10.2008
22. C. Ap. Craiova, secț. com., Decizia nr. 109/14.05.2009
23. C. Ap. Suceava, secț. com., de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 406/19.03.2008
24. C. Ap. Timișoara, Decizia nr. 236/20.12.2012
25. C. Ap. Timișoara, Decizia nr. 64/30.03.2010
26. C. Ap. Timișoara, secț. com., Decizia nr. 64/2010

27. C. Ap. Timișoara, secț. II civ., Decizia nr. 583/12.07.2016
28. C.S.J., secț. com., Decizia nr. 59/1996
29. C.S.J. secț. com., Decizia nr. 853/11.02.2002
30. C.S.J., secț. com., Decizia nr. 3099/2003
31. C.S.J., secț. com., Decizia nr. 2564/2002
32. C.S.J., secț. com., Decizia nr. 760/1997
33. Curtea Constituțională, Decizia nr. 115/2010 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 241 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital
34. Curtea Constituțională, Decizia nr. 47/24.01.2006 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 132 alin. 4 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale
35. Curtea de Arbitraj București, Hotărârea nr. 50/22.06.1976
36. Curtea de Arbitraj Comercial și Maritim de pe lângă Camera de Comerț, Industrie, Navigație și Agricultură Constanța, hotărârea nr. 6/02.11.2017, pronunțată în dosar nr. 6/2017
37. Î.C.C.J., Decizia nr. 1417/21.05.2015
38. Î.C.C.J., Decizia nr. 564/14.02.2014
39. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1754/04.06.2009
40. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1964/23.05.2007
41. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 3643/03.12.2008
42. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1279/27.03.2008
43. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1284/20.04/2010
44. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1754/04.06.2009
45. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 1826/24.05.2006
46. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 2827/27.10.2011
47. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 2846/29.06.2010
48. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 307/17.06.2003
49. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 952/07.03.2008
50. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 676/15.02/2011
51. Î.C.C.J., secț. cont. adm. și fisc, Decizia nr. 2907/19.05.2011
52. Î.C.C.J., secț. de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 151/21.01.2003
53. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 731/05.03.2015
54. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 1187/26.03.2014
55. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 1393/08.04.2014
56. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 1843/8.11.2016
57. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 2591/18.09.2014
58. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 2762/26.04.2014

59. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 3679/2013
60. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 3726/05.11.2013
61. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 3990/2012
62. Î.C.C.J., secț. II civ., Decizia nr. 920/25.03.2015
63. Î.C.C.J., secț. II. civ., Decizia nr. 3963/11.12.2014
64. Î.C.C.J., secț. pen., Decizia nr. 3332/2007
65. Î.C.C.J., secț. com., Decizia nr. 2656/2009
66. Trib. Arad, Decizia nr. 161/27.05.2015
67. Trib. Arad, Decizia nr. 98/15.01.2014
68. Trib. Botoșani, Decizia nr. 93/19.01.2017
69. Trib. Brașov, secț. II. civ., de cont. adm. și fisc., Decizia nr. 757/19.10.2016
70. Trib. București, secț. com., Sentința nr. 672/19.05.2004
71. Trib. București, secț. VI civ., Decizia nr. 1455/09.03.2016
72. Trib. București, secț. VI com., Sentința nr. 13662/10.12.2008
73. Trib. București, secț. VI com., Sentința nr. 1728/18.04.2005
74. Trib. București, secț. VI com., Sentința nr. 564/15.02.2006
75. Trib. Com. Argeș, Decizia nr. 887/22.10.2015
76. Trib. Com. Cluj, Decizia nr. 1209/27.06.2017
77. Trib. Com. Cluj, Decizia nr. 2103/21.10.2016
78. Trib. Ilfov, Decizia nr. 712/16.03.2016
79. Trib. Spec. Cluj, Decizia nr. 2239/09.11.2016

Jurisprudență din statele membre UE

80. App. Genova, 05.07.1986 *Giurisprudenza Commerciale* 730
81. App. Milano, 21.01.1994, *Società*
82. App. Milano, 28.03.1980, *Giurisprudenza Italiana* I, 2, c. 219
83. BGH II ZR 104/73, WM 1976, 24.11.1975
84. BGH II ZR 104/75, WM 1977, 11.10.1976
85. BGH II ZR 126/65, WM 1967, 679, 05.05.1967
86. BGH II ZR 229/88, NJW, 2687, 08.05.1989
87. BGH II ZR 159/10, 04.12. 2012
88. BGH II ZR 234/09, 02.09.2011
89. BGH IX Zivilsenat, 04.06.1992, în dosar nr. IX ZR 149/91, 1992
90. BGH II ZR, 91/13.06.1984
91. Bundesarbeitsgericht, 3 AZR 22/67, BB 1968, 11.12.1967
92. Cass. Civ., 4 juin 1946: JCP 1947, II, 3518
93. Cass. Com., *Darrës c/ Société Locam*, Cass. Com., no.00-11.602, 12.02.2002
94. Cass. Com., 5.06.1961: Bull. Civ. III n°254

95. Cass. Com., 6.02.1962: Bull. Civ. III n°80
96. Cass. It., 12.11.1965 n. 2359 (1966) Diritto Fallimentare 29
97. Cass. It., 06.03.1970, n. 558 (1970) Diritto Fallimentare 81
98. Cass. Com., 12.03.1974: Gaz. Pal
99. Cass. It., 16.01.1982, n. 280, Giurisprudenza Italiana I 1 c. 774
100. Cass. Com., JCP E 1996, II, 838, 27.02.1996
101. Cass. Com., *Kopcio*, no.96-12.638, 24.02.1998
102. Cass. It., 04.04.1998 n. 3483 Diritto Fallimentare 252
103. Cass. Com., Dec. IV, no. 158, 06.06.2001
104. Cass. Com., 21.09.2004, Bull Joly
105. Cass. Com., 4.07.2006 n°865
106. Cass. Com., 30.03.2010 nr. 08-17.841, FP-P+B+R+I, n° 08-17.841, *Fonds de garantie des dépôts (FGD) c/ Sté Caribéenne de conseil et d'audit*
107. Cass. Civ., 01.12.2010, Bulletin 2010, I, n°248
108. Cass. Com., *DL Finance c/ Albiac*, no.10-15.049, 15.11.2011
109. Cauza *Aas v. Benham*, 2 Ch. 244, Court of Chancery of England and Wales, 1891
110. Cauza *Aberdeen Ry. v. Blaikie Bros*, Camera Lorzilor, 1854
111. Cauza *Bishopgate Inv. Manag. Ltd. v. Maxwell*, BCLC 814, Curtea de Apel din Anglia și Țara Galilor, 1994
112. Cauza *Charterbridge Corp Ltd. v. Lloyds Bank Ltd.*, Chancery Court, Londra, 1970
113. Cauza *In re Coomber*, Ch 723, Court of Chancery, Londra, 1911
114. Cauza *O'Donnell v. Shanahan*, 751B.C.C. 822, England and Wales Court of Appeal, Civil Division, 2009
115. Cauza *Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, Ch. 407, Curtea de Apel din Anglia și Țara Galilor, 1925
116. Cauza *Re Elgindata Ltd.*, BCLC, 959, Londra, 1991
117. Cauza *Re Smith and Fawcett Ltd.*, Ch 304, Curtea de Apel din Anglia și Țara Galilor, 1942
118. Curtea de Apel Saarbrücken, AG 2001, 483
119. Curtea Regională din Budapesta, Fővárosi Ítéltábla 13.Gf. 40003/2003
120. Curtea Regională din Szeged, Szegedi Ítéltábla Pf.I.20 079/2003
121. Curtea Supremă de Justiție a Olandei, cauza *Staleman/Van de Ven*, HR 10-01-1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243
122. Curtea Supremă de Justiție a Austriei, Decizia RS0116167/2002
123. Curtea Supremă de Justiție a Estoniei, Decizia nr. 3-2-1-41-03, 30.04.2003, RT III 2003

124. Curtea Supremă de Justiție a Estoniei, Decizia nr. 3-2-1-41-05, 11.05.2005, RT III 2005
125. Curtea Supremă de Justiție a Estoniei, Decizia nr. 3-2-1-68-06, 14.09.2006, RT III 2006
126. Curtea Supremă de Justiție a Poloniei, Decizia nr. IVCKN 117/09.05.2000
127. OLG Frankfurt, 17.8.2011 – 13 U 100/10, 2011, 2771
128. Tribunalul Milano, 10.02.2000, 326
129. Tribunalul Zwolle-Lelystad, Decizia ECLI:NL:RBZLY:2008:BG0842, 30.01.2008

Jurisprudență americană

130. Cauza *ACE Ltd. v. Capital Re Corp.*, 747 A.2d 95, 107, Delaware Chancery Court, 1999.
131. Cauza *Agranoff v. Miller*, 791 A 2d 892 Delaware Chancery Court, 2001.
132. Cauza *Ala By-Products Corporation v. Neal*, 588, A 2d, Curtea Supremă din Delaware, 1991.
133. Cauza *Alcorn v. Alcorn*, 194 F 275, Curtea Supremă din Mississippi, 1911.
134. Cauza *Alessi v. Beracha*, 849 A.2d 939, Delaware Chancery Court, 2004.
135. Cauza *Arnold v. Soc'y for Sav. Bancorp., Inc.*, 650 A.2d 1270, 1288, Curtea Supremă din Delaware, 1994.
136. Cauza *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, Curtea Supremă din Delaware, 1984.
137. Cauza *Ash v. McCall*, LEXIS 144, Delaware Chancery Court, 2000.
138. Cauza *Auerbach v. Bennett*, 393 N.E.2d, Curtea de Apel din New York, 1979.
139. Cauza *Barkan v. Amsted Indus., Inc.*, 567 A.2d 1279, Curtea Supremă din Delaware, 1989.
140. Cauza *Barnes v. Andrews*, 298 F. 614, Curtea Supremă din New York, 1924.
141. Cauza *Bates v. Dresser*, 251 U.S. 524, Curtea Supremă SUA, 1920.
142. Cauza *Beam ex. re, Martha Stewart Living Omnimedia Inc. v. Stewart*, 845, A.2d. 1040, Curtea Supremă din Delaware, 2004.
143. Cauza *Blasius Industries v. Atlas Corporation* 564 A 2d 651, Delaware Chancery Court, 1988.
144. Cauza *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, Curtea Supremă din Delaware, 2000.
145. Cauza *Broz v. Cellular Information Systems Inc.*, 673 A.2d 148, Curtea Supremă din Delaware, 1996.

146. Cauza *Brundage v. New Jersey Zinc Co.*, 48 N.J. 450, 477, A.2d, Curtea Supremă din New York, 1967.
147. Cauza *C&J Energy Services Inc. v. City of Miami Gen. Emps.*, 107 A.3d 1059, Curtea Supremă din Delaware, 2014.
148. Cauza *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698, A.2d 959, Delaware Chancery Court, 1996.
149. Cauza *CarrAmerica Realty Corp. v. Nvidia Corp.*, 2006 WL 2868979, Curtea Supremă din California, 2006.
150. Cauza *Carriero v. Jobs.com Inc.*, 393 F.3d 508, 534 n.24, United States Court of Appeals, 5th Cir., 2004.
151. Cauza *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 13, A 2d 1182, Curtea Supremă din Delaware, 1987.
152. Cauza *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345, Curtea Supremă din Delaware, 1993.
153. Cauza *Chaffin v. GNI Group, Inc.*, 16211-NC, WL 721596, Delaware Chancery Court, 1999.
154. Cauza *Chen v. Howard-Anderson*, 87 A.3d.448, Delaware Chancery Court, 2014.
155. Cauza *Chesapeake Corporation v. Shore*, 771, A2d, Delaware Chancery Court, 2000.
156. Cauza *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp*, A.2d 53, Curtea Supremă din Delaware, 1989.
157. Cauza *City of Miami Gen. Empls & San Empls Ret. Trust v. Comstock*, WL 4464156, Delaware Chancery Court, 2016.
158. Cauza *Clements v. Rogers*, 790 A.2d 1222, Delaware Chancery Court, 2001.
159. Cauza *Colorado River Water Conservation Dist.*, 424 US, Curtea Supremă SUA, 1976.
160. Cauza *Corporate Aviation Concepts v. Multi-Service Aviation Corp.*, 2004 WL 1900001, United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 2004.
161. Cauza *Credit Lyonnais Bank Nederland v. Pathe Communications Corp.*, WL 277613, Delaware Chancery Court, 1991.
162. Cauza *Davis v. Louisville Gas & Electric Co.*, 142 A 654, Curtea Supremă din Delaware, 1928.
163. Cauza *Davis v. United States Elec. Power & Light Co.*, 77 Md. 35, 41, A. 982, 984, Curtea Supremă SUA, 1893.

164. Cauza *Desimone v. Barrows*, 924 A.2d 934, Delaware Chancery Court, 2007.
165. Cauza *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668, 684, Curtea Supremă din Michigan, 1919.
166. Cauza *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 2001.
167. Cauza *Emerging Communications Inc. Shareholders Litigation*, 16415, Delaware Chancery Court, 2004.
168. Cauza *Equity linked investors, P.P. v. Adams*, 705, A 2d 1040, Delaware Chancery Court, 1997.
169. Cauza *Everett v. Phillips*, 288 N.Y. 227, 43 N.E.2d 18, Curtea de Apel din New York, 1942.
170. Cauza *FDIC v. Sea Pines Co.*, 692 F.2d 973, Curtea Supremă SUA, 1982.
171. Cauza *Fill Bldgs. Inc. v. Alexander Hamilton Life Ins. Co.*, 241 N.W.2d, Curtea Supremă din Michigan, 1976.
172. Cauza *First National Bank v. F.C. Trebein Co.*, N.E. 834, 837, Ohio, 1898.
173. Cauza *Francis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. A.2d 814, Curtea de Apel din New Jersey, 1981.
174. Cauza *Frank v. Arnelle*, 725 A.2d 444, Delaware Chancery Court, 1999.
175. Cauza *Gagliardi v. Trifoods Intl. Inc.*, 683 A.2d 1049, Delaware Chancery Court, 1996.
176. Cauza *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d, 695, Curtea Supremă din Delaware, 2009.
177. Cauza *Geddes v. Anaconda Copper Mining Co.*, 254 U.S. 590, Curtea Supremă SUA, 1921.
178. Cauza *Genesee Valley & Wyo. Ry. v. Retsof Mining Co.*, 15 Misc. 187, 36 N.Y.S. 896, Curtea Supremă SUA, 1895.
179. Cauza *Gentile v. Rossette*, 20213-VCN, WL 2171613, Delaware Chancery Court, 2010.
180. Cauza *Gesoff v. IIC Industries Inc.*, 902 A.2d 1130, Delaware Chancery Court, 2006.
181. Cauza *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 787, Delaware Chancery Court, 1992.
182. Cauza *Gilbert v. The El Paso Co.*, 575 A.2d 1131, Curtea Supremă din Delaware, 1990.
183. Cauza *Gimbel v. Signal Companies*, 316 A2d, 599 Delaware Chancery Court, 1984.

184. Cauza *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*, 224 N.Y. 483, N.E., Curtea Supremă din New York, 1918.
185. Cauza *Golden Cycle LLC v. Allan*, C.A nr. 163-1, Delaware Chancery Court, 1998.
186. Cauza *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 41 78, 188 A.2d 125, Delaware Chancery Court, 1963.
187. Cauza *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1939.
188. Cauza *Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492, Delaware Chancery Court, 2003.
189. Cauza *Hampshire Group Ltd. v. Kuttner*, C.A. No. 3607-VCS, Delaware Chancery Court, 2010.
190. Cauza *Heller v. Boylan*, 29 N.Y.S.2d 653, Curtea Supremă din New York, 1941.
191. Cauza *Henderson v. Buchanan*, 52 B.R. 743, 763, US Court of Appeals 9th Cir., 1993.
192. Cauza *Hill v. Gould*, 129 Mo. 106, 112, 30 S.W. 181, 182, Curtea Supremă SUA, 1895.
193. Cauza *Hornstein v. Paramount Pictures Inc.*, 37, Curtea Supremă din New York, 1942.
194. Cauza *In re Abbott Laboratories Derivative Shareholders Litig.*, 325 F.3d 795, Delaware Chancery Court, 2003.
195. Cauza *In re Adelphia Communications Corp.*, 323 B.R. 345, 386 n.140, United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 2005.
196. Cauza *In re American International Group Inc.*, 965 A.2d 763, Delaware Chancery Court, 2009.
197. Cauza *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 Delaware Chancery Court, 1996.
198. Cauza *In re CNX Gas Corp Shareholders Litigation*, A.3d 397, Delaware Chancery Court, 2010.
199. Cauza *In re Cornerstone Therapeutics Inc. Shareholders Litigation*, 115 A.3d 1173, Curtea Supremă din Delaware, 2015.
200. Cauza *In re Crimson Exploration Inc. Shareholders Litig.*, WL 5449419, Delaware Chancery Court, 2014.
201. Cauza *In re Del-Met Corp.*, 322 B.R. 781, United States Bankruptcy Court, M.D. Tennessee, 2005.
202. Cauza *In re Desoto*, WL 80223, Delaware Chancery Court, 1990.
203. Cauza *In re Dollar Thrifty Shareholders Litigation*, 14 A.3d 573, Delaware Chancery Court 2010.

204. Cauza *In re Emerging Communications Inc. Shareholders Litigation*, 2004 WL 1305745, Delaware Chancery Court 2004.
205. Cauza *In re Franklin National Bank Security Litigation*, 2 B.R. 707, Curtea de Apel New York, 1979.
206. Cauza *In re IXC Communications, Inc. Shareholders Litigation.*, WL 1009174, Delaware Chancery Court, 1999.
207. Cauza *In re J.P. Stevens & Co. Shareholders Litigation*, 542 A.2d, Delaware Chancery Court, 1988.
208. Cauza *In re James River Coal Co.*, WL 438244 n.34, United States Bankruptcy Court, E.D. Virginia, Richmond Division, 2007.
209. Cauza *In re John Q. Hammons Hotels Inc. Shareholders Litigation*, 758-CC, WL 227634, Delaware Chancery Court, 2014.
210. Cauza *In re Lear Corp. Shareholders Litigation*, 926 A.2d 94, Delaware Chancery Court, 1997.
211. Cauza *In re Limited Inc.*, 2002 WL, Delaware Chancery Court, 2002.
212. Cauza *In re MFW Shareholders Litigation*, C.A. No. 6566-CS, Delaware Chancery Court, 2013.
213. Cauza *In re Mony Group Inc. Shareholders Litigation*, 853 A.2d, Delaware Chancery Court, 2004.
214. Cauza *In re Netsmart Techs Inc. Shareholders Litigation*, 924 A.2d, 171, Delaware Chancery Court, 2007.
215. Cauza *In re Oracle Corp. Derivative Litig.*, 824 A.2d 917, Delaware Chancery Court, 2003.
216. Cauza *In re PNB Holding Co. Shareholders Litigation*, 28-N WL 2403999, Delaware Chancery Court, 2006.
217. Cauza *In re Primedia Inc. Shareholders Litigation*, 67 A.3d 455, Delaware Chancery Court, 2013.
218. Cauza *In re RJR Nabisco Inc. Shareholders Litigation*, Delaware Chancery Court, 1989.
219. Cauza *In re Romano*, 353 B.R. 738, 765, United States Bankruptcy Court, Massachusetts, 2006.
220. Cauza *In re Staples Inc. Shareholders Litigation*, 792 A.2d 934, Delaware Chancery Court, 2001.
221. Cauza *In re Synthes Inc. Shareholders Litigation*, 50 A. 3d, 1022 Delaware Chancery Court, 2012.
222. Cauza *In re The Walt Disney Co. Derivative Action (Disney III)*, 825 A.2d 275, Delaware Chancery Court, 2003.

223. Cauza *In re The Walt Disney Co. Derivative Action (Disney IV)*, 15, 452, Delaware Chancery Court, 2005.
224. Cauza *In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d. 27, Curtea Supremă din Delaware, 2006.
225. Cauza *In re Toy King Distributors, Inc.*, 256 B.R. 1, 166, United States Bankruptcy Court, M.D. Florida, Orlando Division, 2000.
226. Cauza *In re Trados Inc. Shareholders Litig.*, 73 A.3d. 17, Delaware Chancery Court, 2013.
227. Cauza *In re Volcano Corporation Shareholders Litigation*, 143 A.3d, 727, Delaware Chancery Court, 2017.
228. Cauza *In re W. National Corporation Shareholders Litigation*, C.A. No. 159727, 100, Delaware Chancery Court, 2000.
229. Cauza *Integrated Health Services Inc. v. Elkins*, no. 20228-NC, Delaware Chancery Court, 2004.
230. Cauza *Joy v. North*, 692 F 2d 880, Delaware Chancery Court, 1982.
231. Cauza *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 334 C.A. No. 6566, Curtea Supremă din Delaware, 2013.
232. Cauza *Kahn v. Lynch Communication Systems Inc.*, 638 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1994.
233. Cauza *Katz v. Oak Indus. Inc.*, 508 A.2d 873, Delaware Chancery Court, 1986.
234. Cauza *Kaufman v. CBS, Inc.*, 514 S.2d 520, Curtea Supremă din New York, 1987.
235. Cauza *Lagarde v. Anniston Lime& Stone Co.*, 28. So, Curtea Supremă din Alabama, 1999.
236. Cauza *Larkin v. Shah*, 10918-VCS, Delaware Chancery Court, 2016.
237. Cauza *Leslie v. Lorillard*, 18 N.E, Curtea Supremă din New York, 1888.
238. Cauza *Levco Alternative Fund Ltd. v. Reader's Digest Inc.*, 803 A.2d 428, Delaware Chancery Court, 2002.
239. Cauza *Loudon v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 700 A.2d 135, 137, Curtea Supremă din Delaware, 1997.
240. Cauza *Lungisile Ntsebeza et al. v. Citigroup, Inc., et al.*, Court Southern District of New York, 2004.
241. Cauza *Lyondell Chem Co. v. Ryan*, 970, A 2d 235, Curtea Supremă din Delaware, 2009.
242. Cauza *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5, 9, Curtea Supremă din Delaware, 1998.

243. Cauza *Malpiede v. Townson*, 780 A.2d 1075, Curtea Supremă din Delaware, 2001.
244. Cauza *Marciano v. Nakash*, 535, A.2d 400, n.3, Curtea Supremă din Delaware, 1987.
245. Cauza *McCall v. Scott*, 239 F.3d 808, Delaware 6th Cir., 2001.
246. Cauza *McGourkey v. Toledo & O. Cent. Ry.*, 146 U.S. Curtea Supremă SUA, 1892.
247. Cauza *McMillan v. Intercargo Corp.*, 768 A.2d, Delaware Chancery Court, 2000.
248. Cauza *McMullin v. Beran*, 765 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 2000.
249. Cauza *Meinhard v. Salmon*, 249, Curtea Supremă din New York, N.E., 1928.
250. Cauza *Mellon Bank v. Dick Corp.*, 351 F.3d 290, United States Court of Appeals, 7th Cir., 2003.
251. Cauza *Mercier v. Inter-Tel Inc.*, 929, A.2d, Delaware Chancery Court, 2007.
252. Cauza *Metro Communication Corp BVI v. Advances Mobilecomm Technologies Inc.* 854 A.2d 131, Delaware Chancery Court, 2004.
253. Cauza *Metropolitan Life Ins. Co. v. RJR Nabisco, Inc.*, No. 88 Civ. 8266 (JMW), United States District Court, S.D. New York, 1989.
254. Cauza *Michoud v. Girod*, 45 US. (4 How.) 502, Curtea Supremă SUA, 1846.
255. Cauza *Mills Acquisition Co. v. MacMillan Inc.*, 559 A.2d, Curtea Supremă din Delaware, 1989.
256. Cauza *Monty v. Leis*, 123, 3d, 641, Curtea Supremă din California, 2011.
257. Cauza *Moore v. United States*, 160 US 268, Curtea Supremă SUA, 1895.
258. Cauza *Munson v. Syracuse*, 8 N.E. 355 R.R., Curtea Supremă din New York, 1886.
259. Cauza *Official Committee of Unsecured Creditors v. R.F. Lafferty & Co. Inc.*, United States Court of Appeals, 3rd Cir., 2001.
260. Cauza *Omnicare Inc. v. NCS Healthcare*, 818 A.2d, 914, Curtea Supremă din Delaware, 2003.
261. Cauza *Osborn v. Irwin Memorial Blood Bank*, 5, 234.278, Curtea de Apel California, 1992.
262. Cauza *Paramont Communications Inc. v. QVV Network*, Delaware, 1994.
263. Cauza *Paramount Communications v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140, Curtea Supremă din Delaware, 1990.
264. Cauza *Peterson v. State*, 983 So.2d 27, Curtea de Apel din Florida, 2008.

265. Cauza *Production Resources Group, LLC v. NCT Group, Inc.*, 863 A.2d 77, Delaware Chancery Court, 2004.
266. Cauza *Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corporation*, 498 A.2d 1099, Curtea Supremă din Delaware, 1985.
267. Cauza *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp.*, 28 A3d, 459, Delaware Chancery Court, 2011.
268. Cauza *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc.*, A.2d 173 Curtea Supremă din Delaware, 1986.
269. Cauza *Roth s. Robertson*, 18.351, Curtea Supremă din New York, 1909.
270. Cauza *Rural Metro*, 88 A.3d, Delaware Chancery Court, 2014.
271. Cauza *Ryan v. Gifford*, 918 A.2d 341, Delaware Chancery Court, 2007.
272. Cauza *Saint James Church v. Church of the Redeemer*, 31 How. Pr. 381, Curtea Supremă din New York, 1865.
273. Cauza *Sam Wong & Sun, v. New York Mercantile Exch.*, 735 F.2d 653, 678 n.32, US Court of Appeals, 2nd Cir., 1984.
274. Cauza *Sam Wong & Son Inc. v. New York Mercantile Exchange*, 735, F.2d, Instanța din New York, 2nd Cir., 1984.
275. Cauza *Schacht v. Brown*, 711 F.2d 1343, 1350, 7th Cir., Curtea Supremă SUA, 1983.
276. Cauza *Schnell v. Chris-Craft Industries Inc.*, 285 A2d 437, Curtea Supremă din Delaware, 1971.
277. Cauza *Selheimer v. Manganese Corp. of America* 423 Pa. 563, 224 A.2d 634, Curtea Supremă din Pennsylvania, 1966.
278. Cauza *Shlensky v. Wrigley*, 95 2d 173, 237 N.E. 2.d., Curtea de Apel din Illinois, 1968.
279. Cauza *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717, Curtea Supremă din Delaware, 1971.
280. Cauza *Singh v. Attenborough*, 137 A.3d, 151, Curtea Supremă din Delaware, 2016.
281. Cauza *Smith v. Van Gorkom*, 488 A2d. Curtea Supremă din Delaware, 1983.
282. Cauza *Steiner v. Meyerson*, 98, 857, Delaware Chancery Court, 1995.
283. Cauza *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 2006 Del. LEXIS 597, Curtea Supremă din Delaware, 2006.
284. Cauza *Stroud v. Grace*, 606 A.2d 75, Curtea Supremă din Delaware, 1992.
285. Cauza *Tele-Communications*, 16470, WL 3642727, Delaware Chancery Court, 2005.

286. Cauza *Toebelman v. Missouri-Kansas Pipe Line Co.*, 41 F. Supp. 334, 339, Curtea Supremă din Delaware, 1941.
287. Cauza *Tomczak v. Morton Thiokol Inc.*, nr. 7861, 95 327, Delaware Chancery Court, 1990.
288. Cauza *Toys "R" Us*, 877, A.2d, Delaware Chancery Court, 2005.
289. Cauza *Twin-Lick Oil Co. v. Marbury*, 91 U.S. 587, 589, Curtea Supremă SUA, 1875.
290. Cauza *United States v. O'Hagan*, 521 Curtea Supremă SUA, 1997.
291. Cauza *Unitrin Inc. v. Am. General Corp.*, 651, A 2d, Curtea Supremă din Delaware, 1995.
292. Cauza *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, Curtea Supremă din Delaware, 1985.
293. Cauza *Valeant Pharm International v. Jerney*, A.2d 732, Delaware Chancery Court, 2007.
294. Cauza *Weinberger v. UOP Inc.*, 457 A.2d, 701, Curtea Supremă din Delaware, 1983.

Jurisprudență canadiană/ Quebec

295. Cauza *Banque canadienne nationale*, Bull. Cass. Ass. Plen, nr. 2, Grands arrêts, nr. 267 D., 1963.
296. Cauza *Brassard c. Brassard*, C.A., CanLII 898, QCCS, Quebec, 06.05.2009.
297. Cauza *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, 3 S.C.R. 461, Curtea Supremă a Canadei, 2004.

Decizii ale instanțelor supranaționale

298. CJUE, Cauza *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Cauza C-212/97
299. CEDO, Cauza *Tătar c. România*, 67021/01/2009

Notă: la redactarea prezentei lucrări s-a avut în vedere legislația în vigoare până la data de 31 decembrie 2018.



ISBN: 978-606-37-1291-3